



Roj: **SAP ML 264/2009 - ECLI:ES:APML:2009:264**

Id Cendoj: **52001370072009100264**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Melilla**

Sección: **7**

Fecha: **30/12/2009**

Nº de Recurso: **97/2009**

Nº de Resolución: **96/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

SECCIÓN SÉPTIMA

MELILLA

Rollo Apelación Civil Nº **97/2009**

Juicio Verbal Nº 453/2008

Juzgado de 1ª Instancia Nº Uno de Melilla.

SENTENCIA Nº 96

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. Mariano Santos Peñalver

MAGISTRADOS:

D. Juan Rafael Benítez Yébenes

D. Diego Giner Gutiérrez

En Melilla a treinta de diciembre de dos mil nueve.-

La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga con sede permanente en Melilla, constituida a este efecto por los Magistrados que arriba se expresan, ha visto los autos de Juicio Verbal Especial del art. 328 de la Ley Hipotecaria nº 453/08 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº Uno de esta Ciudad, en virtud de demanda formulada por la Procuradora Dª Concepción García Carriazo en nombre y representación de D. Onesimo , quien en su condición de Letrado asume su propia defensa, contra el Sr. Registrador de la Propiedad de Melilla D. Valentín representado por la Procuradora Dª María Luisa Muñoz Caballero, bajo la dirección del Letrado D. Blas Jesús Imbroda Ortíz, y contra la DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado; cuyos autos han venido a este Tribunal en virtud de Recurso de Apelación interpuesto por la Representación Procesal del Sr. Registrador de la Propiedad demandado contra la sentencia dictada en la precitada instancia judicial; siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Juan Rafael Benítez Yébenes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- En el proceso de referencia el día veintidós de abril de dos mil nueve se dictó sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:



«Que estimando parcialmente la demanda formulada a instancia de D. Onesimo , representado por la Procuradora Sra. García Carriazo, frente a la Dirección General de los Registros y el Notariado, representada por el Letrado del Estado, y frente al Registrador de la Propiedad de Melilla, D. Valentín , representado por la Procuradora Sra. Muñoz Caballero, debo desestimar y desestimo el recurso formulado contra la Resolución dictada el día 20 de junio de 2008 por la Dirección General demandada, y debo estimar y estimo el recurso presentado frente a la calificación negativa del Sr. Registrador de la Propiedad de Melilla de fecha 27 de agosto de 2008, condenando al mismo a practicar la inscripción interesada por el demandante mediante escrito dirigido a su Registro el día 5 de agosto de 2008.

No se hace especial imposición de las costas de esta instancia.»

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, el Sr. Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración demandada, presentó escrito preparando recurso de apelación contra la citada sentencia.

Posteriormente, tras ser emplazado para la formalización del recurso, presentó otro escrito alegando que, conforme a las instrucciones recibidas, desistía de la formalización del recurso de apelación anunciado.

CUARTO.- Por su parte la Procuradora D^a María Luisa Muñoz Caballero, en nombre y representación del Registrador de la Propiedad demandado, Sr. Valentín , interpuso recurso de apelación alegando esencialmente que en fecha 1-10-07 tuvo lugar la presentación de la escritura de herencia ante el Registro de la Propiedad de esta ciudad, con el resultado de que el día 10-10-08 dicho instrumento fue calificado por su representado, el Registrador de la Propiedad de Melilla, indicándose que adolecía de un defecto subsanable porque resultaba tener la escritura de testamento aportada por el apelado una fecha distinta a la que constaba en el Certificado del Registro de Actos de Ultimas Voluntades; que tras solicitar calificación sustitutoria interpuso recurso gubernativo que confirmó la calificación el 20-6-2008. Con fecha 5-8-2008 volvió a presentarlo añadiendo un escrito en folio común que firma el notario que expidió la copia del testamento en el que dice que el testamento tiene fecha equivocada. Que el demandante persigue dar validez al testamento modificando su fecha, lo que es ajeno a la calificación y no puede ser apreciado por el Registrador ni siquiera por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que el artículo 146 del Reglamento Notarial impide al Notario rectificar escrituras anteriores, debiendo la parte actora instar la rectificación de este error material a través del juicio declarativo correspondiente; que se resumen los fundamentos jurídicos de su posición en lo dispuesto en el artículo 78 del Reglamento Hipotecario y en la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 1 de julio de 1974; y tras exponer cuanto a su derecho convino, terminó suplicando que se revoque el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia estimando la inscripción del título de herencia, desestimando íntegramente la demanda, con condena en costas al demandante.

QUINTO.- Admitido a trámite, se dio traslado a las demás partes personadas a efectos de oposición al recurso o, en su caso, impugnación de la resolución apelada.

Evacuando el trámite conferido, la Procuradora Sra. García Carriazo, en la representación acreditada del actor, presentó escrito de oposición al recurso de apelación, alegando esencialmente que el que recurso es incongruente y carente de rigor jurídico; que da por reproducidos los hechos de su demanda habiendo quedado acreditado el error material cometido en el otorgamiento del testamento pues en donde se tenía que haber puesto un nueve se puso un cinco; que a pesar de la certificación del notario archivero, la cual es determinante del error padecido y de que ya no resulta contradictorio el testamento con la certificación de actos de última voluntad, el registrador sigue negando la inscripción; que por su parte la Dirección General de los Registros y del Notariado da por válida la sentencia y no recurre; que se ha exigido el impuesto de sucesiones en base a dicho testamento el cual ha pasado por registro y notarías como es el caso de los Registros nº 1 y 2 de Almería; y tras exponer cuantos demás argumentos tuvo por convenientes, terminó suplicando que se dicte resolución por la que confirmando la apelada estime la pretensión interesada por esta parte desestimando la del demandado recurrente, con expresa condena en costas al mismo con declaración de temeridad y mala fe procesal.

Y tras los trámites legales, fueron remitidos los autos a esta Audiencia para la resolución del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretende la parte la parte apelante que se revoque el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia estimando la inscripción del título de herencia en el Registro de la Propiedad de Melilla. Sin embargo a la hora de examinar dicha pretensión del recurrente se ha de tener presente que el Fallo apelado contiene dos pronunciamientos, pues dos fueron igualmente las pretensiones deducidas por el actor en su demanda: una contra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 20 de junio de 2008,



y otra contra la calificación negativa del Registrador codemandado, único apelante en esta litis, de fecha 27 de agosto de 2008.

Conviene hacer igualmente, al menos una breve secuencia cronológica de los hechos para enmarcar la cuestión controvertida entre los litigantes.

Mediante escritura autorizada el día 25-4-2007 por el Notario de Melilla D. Manuel García de Fuentes y Churruca, se formalizó la aceptación y adjudicación de herencia por fallecimiento de D^a Rosario . En dicha escritura se expresa que la causante otorgó testamento abierto el siete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, ante el Notario de Almería, Don José Lorenzo Iribarne Pérez, con el número 40 de su protocolo, según se acredita con certificado del Registro General de Actos de Ultima Voluntad y "con la copia autorizada del referido testamento que se acompañará al Registro de la Propiedad, junto con la que se expida de la presente."

En dicha Escritura, los cinco hijos de D^a Rosario -uno de los cuales es el demandante en el presente litigio- aceptan la herencia de esta señora y se adjudican, entre otras, el pleno dominio de una finca (registral NUM000) y la mitad indivisa de dos fincas (registrales NUM001 y NUM002) pertenecientes a la demarcación del Registro de la Propiedad de Melilla, participación ésta que pertenecía a la causante como consecuencia de la aceptación y adjudicación de herencia de su esposo según otra escritura que se reseña.

Esa Escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de Melilla con fecha 1-10-2007, y el día 10-10-2008 obtuvo calificación negativa del Registrador, indicándose en dicha calificación que la misma adolecía de un defecto subsanable, porque resultaba tener la Escritura de Testamento aportada por el demandante una fecha distinta a la que constaba en el Certificado del Registro de Actos de Ultima Voluntad.

Con posterioridad a la calificación del Sr. Registrador, la parte actora solicitó calificación sustitutoria, recayendo ésta en la Sra. Registradora nº 1 de Cádiz, la cual vino a confirmar la calificación efectuada por el Registrador de Melilla. En vista de ello, el demandante D. Onesimo , interpuso recurso gubernativo recayendo Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 20 de junio de 2008, por la que se acordó desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

Tal y como se hace constar en la Resolución del mencionado Centro Directivo, la cuestión planteada en aquel recurso era la de si podía inscribirse en el Registro de la Propiedad una escritura de aceptación y adjudicación de herencia cuando la fecha del testamento aportado es, respecto del año, distinta y anterior a la que consta en el certificado del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, llegándose a la conclusión que a tenor de lo dispuesto en el artículo 78 del Reglamento Hipotecario ello es un defecto que impide la inscripción.

Con posterioridad, con fecha 5-8-2008, el actor volvió a presentar la Escritura de Aceptación y Adjudicación de Herencia ante el Registro de la Propiedad de Melilla, acompañando igualmente copia del testamento y certificado del Registro de Actos de Ultima Voluntad, pero en esta ocasión presentó además una Certificación expedida por D. Francisco Balcázar Linares, Notario Archivero del Distrito de Almería en la que expresamente se hace constar: «1º). Que examinados los archivos de mi custodia, en lo relacionado al protocolo del Notario que fue de esta capital Don José Lorenzo Iribarne Pérez, en fecha siete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, con el nº 40 de su protocolo, aparece otorgado un testamento a nombre de Doña Rosario , si bien, como fecha de otorgamiento de dicho testamento aparece como año 1.985. Y 2º). Que igualmente, examinados los archivos correspondientes al año 1985, no aparece otorgado ningún testamento a nombre de la mencionada sra. Rosario .»

Esta nueva solicitud de inscripción (de fecha 5-8-2008) fue igualmente objeto de calificación negativa por parte del Sr. Registrador de la Propiedad de Melilla con fecha 27-8-2008, por entender que había de estarse a lo ya previamente resuelto por la Dirección General, no otorgando la eficacia pretendida, en orden a la práctica de la inscripción, al certificado expedido por el Sr. Notario Archivero de Almería, mediante el cual el solicitante pretendía demostrar que la discordancia entre el año de otorgamiento del testamento y lo que aparecía en el Registro de Actos de Ultima Voluntad era un mero error material.

Recurridas, mediante la demanda rectora del presente procedimiento, tanto la Resolución de la Dirección General de los Registros de fecha 20-6-2008, como la calificación negativa del Sr. Registrador de fecha 27-8-2008, el Juzgado de Instancia desestimó el recurso contra la Resolución de la Dirección General por entender que no se habían subsanado los defectos advertidos en la calificación registral. Sin embargo, estimó la pretensión del actor frente a la segunda calificación negativa del Registrador de fecha 27-8-2008, pues entendió que tras la presentación del certificado emitido por el Notario Archivero de Almería resultaba evidente que la discordancia en el año de la fecha de otorgamiento del testamento era un mero error material.

Notificada la Sentencia del Juzgado a la partes, la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha aquietado a la misma. Sin embargo el Sr. Registrador formula recurso de apelación, en el que, a la vista de las distintas alegaciones formuladas por la partes, la cuestión que realmente se discute se reduce a determinar



si para salvar la discordancia existente en el año de la fecha del otorgamiento del testamento ha de acudirse necesariamente a un juicio declarativo ordinario, tesis que es la que sostiene el Sr. Registrador demandado-apelante, o si por el contrario, en su función calificadora el Sr. Registrador pudo apreciar que se trataba de un mero error material, y por consiguiente acceder a la inscripción solicitada, tesis ésta sostenida por actor-apelado y acogida por la sentencia del Juzgado de Primera instancia recurrida ahora en apelación.

SEGUNDO.- Se alega en el recurso de apelación que el demandante persigue dar validez al testamento otorgado modificando su fecha, que ello es ajeno a la calificación y no puede ser apreciado por el Registrador ni siquiera por la Dirección General de los Registros y del Notariado. En esta misma línea, el Sr. Registrador demandado, al absolver posiciones en la prueba de interrogatorio de parte, llegó a decir que para él el testamento era nulo; y como uno de los pilares fundamentales de su tesis se invoca en el recurso la doctrina recogida en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 1 de julio de 1974 según la cual: "El archivero de protocolos ha de abstenerse de la subsanación de errores cometidos en documento notarial del archivo, puesto que no es titular, ni sustituto, ni sucesor de la Notaría a efectos de lo dispuesto en el artículo 146 del Reglamento Notarial, por lo que habrá de obtenerse aquélla por cualquier medio de prueba admitido en derecho, y en su caso a través del procedimiento judicial correspondiente."

A la vista de tales alegatos, se ha de decir que ni el testamento puede considerarse nulo, ni la certificación expedida por el Notario Archivero de Almería significa una subsanación de errores en los términos a los que se refiere la mencionada Resolución de la DGRN, pues dicho Notario no ha practicado sobre la escritura del testamento ninguna diligencia conforme a lo previsto en el artículo 153 del Reglamento Notarial. Se trata de una mera certificación, sin actuación alguna sobre la escritura archivada, en la que no obstante deja constancia de la existencia del error material alegado por la parte actora.

Esta Sala comparte los argumentos recogidos en la sentencia apelada y la ecuánime justicia que la misma destila ante la enfrentada posición de los litigantes, y considera que es un remedio excesivo e innecesario exigir que los interesados acudan al juicio declarativo cuando nos encontramos ante un mero error material fácilmente constatable.

Según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (vid. Resoluciones de 19-4-2006, y 29-3-2008), en el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. Ahora bien, es igualmente cierto que en nuestro sistema registral no se condiciona la inscripción de un acto a la plena justificación de su validez; y la facultad que se atribuye al Registrador para calificar esa validez, según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, -a los efectos de extender o no el asiento registral solicitado, y por lo que resulte de los documentos presentados así como de los propios asientos del Registro- implica la comprobación de que, según los indicados medios que puede tomar en cuenta al realizar su calificación, el contenido del documento no es, de forma patente, contrario a la ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de los requisitos esenciales que palmariamente vicie el acto o negocio documentado.

Atendiendo a lo que se deja expuesto, el Sr. Registrador demandado no puede decir que considera nulo el testamento, pues la discordancia de fechas anteriormente expuesta no es ninguna de las causas de nulidad formal de las escrituras que lleven aparejada tal sanción, según lo dispuesto en los artículos 25 y 27 de la Ley de Notariado. Por el contrario, se ha de decir que el testamento ha de reputarse válido, por cuanto respeta todas las formalidades requeridas por el artículo 695 del Código Civil; validez que así mismo ha sido apreciada por el Notario autorizante de la Escritura de Aceptación y Adjudicación de Herencia, y por los Registradores de la Propiedad nº 1 y 2 de Almería ante los que también se ha presentado.

Tanto de los documentos presentados en el Registro, como de la prueba practicada en los presentes autos, resulta evidente que nos encontramos ante un mero error material consistente en que a la hora de extender la escritura del testamento otorgado por D^a Rosario, en lugar de consignar como año de la fecha el de mil novecientos ochenta y "nueve", se hizo constar erróneamente mil novecientos ochenta y "cinco". Insistimos en que tal evidencia ha sido apreciada, en primer lugar por el propio Registro de Actos de Última Voluntad pues al practicar la oportuna inscripción del testamento, como así resulta de su Certificación aportada al efecto, hace constar como fecha de otorgamiento del testamento la de 7-6-1989, y después por los mencionados notarios y registradores.

Además del contenido de la certificación expedida por el Notario Archivero de Protocolos de Almería, la existencia del error se desprende también, como se hace constar en la sentencia apelada, de la comparación de los dos testamentos unidos a la demanda: uno el de la citada D^a Rosario y otro el de su esposo D. Segismundo; en donde coinciden además del Notario autorizante, el día, el mes, y la correlación en el protocolo, la misma identidad de los testigos ante los que ambos se otorgan, el similar contenido de ambos testamentos, salvo las



diferencias obvias, y hasta la identidad de los caracteres tipográficos, indicios todos ellos que no dejan lugar a dudas del error material invocado.

Siendo palmario el error, el Registrador a la hora de calificar el título pudo y debió tener en cuenta dicha circunstancia, sin que su calificación positiva, en este caso, estuviera en contra de lo previamente resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni tampoco supusiera infracción de la doctrina contenida en la Resolución de dicha Dirección General de fecha 1 de julio de 1974 ni del artículo 78 del Reglamento Hipotecario, invocados por el recurrente.

Según esta Resolución, como se expuso más arriba, "El archivero de protocolos ha de abstenerse de la subsanación de errores"; pero ante esta imposibilidad establece dos opciones: "que se obtenga por cualquier medio de prueba admitido en derecho" y la otra, "en su caso, a través del procedimiento judicial correspondiente."

Como también se ha dicho, el Notario Archivero de Almería no ha practicado ninguna subsanación sobre el testamento, pero ha de considerarse que su certificación es uno de los medios de prueba admitidos en derecho para poner de manifiesto el error material padecido. Por eso una vez evidenciado dicho error, a través de la meritada certificación, desaparece la contradicción que impediría la inscripción según el artículo 78 del Reglamento Hipotecario, ya que no existe contradicción de fechas entre el testamento y el Certificado del Registro de Actos de Última Voluntad.

Finalmente se ha de hacer constar la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado expuesta en la Resolución de fecha 19-7-2006 (BOE nº 203/2006 de 25-8-2006) y en las que a su vez ésta cita (vid. Resoluciones de 8-4-2003, 24-11-1999, 26-1-1999, 20-7-1994, y 29-10-1984), según la cual "el correcto ejercicio de la función calificadora del Registrador no implica, en vía de principio, que deba rechazarse la inscripción del documento presentado ante toda inexactitud del mismo cuando, de su simple lectura o de su contexto, no quepa albergar razonablemente duda acerca de cuál sea el dato erróneo y cuál el dato verdadero. Asimismo, ningún reparo podrá oponerse a la inscripción cuando, a pesar de la existencia de discrepancia entre diversos datos contenidos en el título, del mismo modo quede expresada cuál sea la voluntad patente de los otorgantes acerca de tales extremos."

En el presente caso, atendiendo al contenido de los documentos presentados resulta evidente cual es la fecha correcta del testamento, por lo que el Registrador de la Propiedad de Melilla debió acceder a la inscripción del título presentado, como así lo hicieron los Registradores de la Propiedad nº 1 y 2 de Almería, en lugar de avocar a todos los herederos interesados, entre los que no existe controversia alguna, a la realización de trámites innecesarios, costosos o dilatorios.

TERCERO.- De cuanto se deja expuesto se colige que procede la desestimación del recurso, la confirmación del Fallo apelado, y la imposición de las costas de la apelación al recurrente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a María Luisa Muñoz Caballero, en nombre y representación del Sr. Registrador de la Propiedad de Melilla D. Valentín, contra la sentencia de fecha veintidós de abril de dos mil nueve dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº Uno de Melilla en los autos de Juicio Verbal Especial del artículo 328 de la Ley Hipotecaria nº 453/08, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución; con imposición a la parte apelante las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese a las partes la presente resolución haciéndoles saber que es firme.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia junto con testimonio de la presente resolución para ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se pondrá certificación literal en el rollo de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, doy fe.