



Roj: **SAP M 186/2016 - ECLI:ES:APM:2016:186**

Id Cendoj: **28079370102016100005**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **14/01/2016**

Nº de Recurso: **779/2015**

Nº de Resolución: **5/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL FERNANDEZ DEL PRADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Décima

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933917

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2014/0057691

**Recurso de Apelación 779/2015**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 32 de Madrid

Autos de Juicio Verbal (250.2) 553/2014

**APELANTE:** D. /Dña. Eugenia

PROCURADOR D. /Dña. RAFAEL GAMARRA MEGIAS

D. /Dña. Salvadora

**APELADO:** ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

D. /Dña. Isaac

PROCURADOR D. /Dña. MANUEL LANCHARES PERLADO

**SENTENCIA N° 5/2016**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

Dña. MARIA BEGOÑA PEREZ SANZ

En Madrid, a catorce de enero de dos mil dieciséis.

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Juicio Verbal (250.2) 553/2014 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 32 de Madrid a instancia de D. /Dña. Eugenia y D. /Dña. Salvadora apelante - demandante, representado por el/la Procurador D. /Dña. RAFAEL GAMARRA MEGIAS y defendido por Letrado, contra y D. /Dña. Isaac apelada - interviniente con oposición, representada por el/la Procurador D. /Dña. MANUEL LANCHARES PERLADO y defendida por Letrado y ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO



defendida por el/la Abogado del Estado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia, dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 27/10/2015 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por Juzgado de 1ª Instancia nº 32 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 10/06/2015 , cuyo fallo es el tenor siguiente:

Desestimar la demanda presentada por el Procurador don Rafael Gamarra Mejías en representación de doña Eugenia y de doña Salvadora contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 1 de marzo de 2014, la que se confirma en todos sus extremos, con imposición a las demandantes de las costas causadas en esta instancia."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** Por providencia de esta Sección, de fecha 2 de diciembre de 2015, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 12 de enero de 2016.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D. Carlos Daniel otorgó testamento en fecha 28 de septiembre de 1995, instituyendo herederos, por quintas partes iguales, a sus sobrinos Doña Eugenia , Doña Salvadora y Doña Regina y a Doña Diana y D. Eulogio , a los cuales "les sustituye por sus respectivas estirpes por descendientes, para el caso de premoriencia o incapacidad, aplicándose si no hubiere lugar a tal sustitución el derecho de acrecer"; procediendo a nombrar "albaceas, comisarios, contadores partidores de su herencia con carácter solidario con las más amplias facultades incluso la de fijar y pagar legítimas y entregar legados de bienes inmuebles y hasta dejar ultimada su testamentaria a sus primos hermanos D. Oscar y D. Carlos Daniel ".

El testador falleció el 23 de abril de 2013; habiéndole premuerto uno de los instituidos herederos, D. Eulogio .

En fecha 25 de septiembre de 2013 se otorgó escritura pública de adjudicación de la herencia de D. Carlos Daniel , habiendo manifestado los albaceas testamentarios que D. Eulogio "falleció sin haber tenido descendencia alguna, dándose por tanto el derecho de acrecer entre el resto de los herederos". La Registradora acordó suspender la inscripción de la escritura de adjudicación por considerar insuficiente la manifestación de los albaceas para acreditar la falta de descendencia de D. Eulogio ; acuerdo que fue recurrido ante la Dirección General de Registros y del Notariado, que acordó su desestimación, confirmando la nota calificadora de la Registradora.

Ante ello, Doña Eugenia y Doña Salvadora formularon la demanda iniciadora del presente procedimiento, interesando la anulación de la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, revocando la nota de calificación negativa de la Registradora y ordenando la inscripción en el Registro de la escritura de adjudicación.

La sentencia dictada por el Juzgador "a quo" desestimó la demanda, habiéndose interpuesto contra la misma recurso de apelación, que es objeto de la presente resolución.

**SEGUNDO.-** La parte apelante plantea que la preterición nunca daría lugar a la nulidad de la partición.

Para resolver la cuestión planteada hemos de tener en cuenta que el art. 1.080 C.Civil establece que "La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda" y el art. 1.081 del mismo texto legal dispone que "La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula". Pues bien, partiendo del contenido de dichos preceptos, la partición efectuada en este caso entre todos los instituidos herederos, salvo el que premurió al testador y sin la concurrencia de sus posibles descendientes, nunca podría ser declarada nula, puesto que



todos los adjudicatarios son herederos, no habiendo concurrido a la partición alguien que no ostentase dicha condición; quedando obligados los adjudicatarios, en el supuesto de preterición a abonar al preterido la parte que le hubiera correspondido.

Ahora bien, dicha cuestión no invalida la calificación negativa realizada por la Registradora, la cual no se pronuncia sobre la nulidad de la escritura de adjudicación, limitándose a ofrecer una calificación negativa, que conlleva la suspensión de la inscripción.

**TERCERO.-** En cuanto a la prueba relativa a la inexistencia de descendientes del heredero premuerto, con derecho a sustituir, hemos de realizar las siguientes puntualizaciones:

El testador, en su testamento, nombró "albaceas, comisarios, contadores partidores de su herencia con carácter solidario con las más amplias facultades incluso la de fijar y pagar legítimas y entregar legados de bienes inmuebles y hasta dejar ultimada su testamentaría a sus primos hermanos D. Oscar y D. Carlos Daniel".

La Registradora parte del artículo 82 del Reglamento Hipotecario, que en sus párrafos tres y cuatro dispone lo siguiente: "En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrán determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento notarial, siempre que de las cláusulas de sustitución o de la Ley no resulte la necesidad de otro medio de prueba. 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" y del art. 209 del mismo texto legal, que establece que "Las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica", añadiendo que "La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior". Por tanto, la ausencia de descendientes del instituido heredero, que ha premuerto al testador, debería haber sido acreditada mediante una acta de notoriedad.

En la calificación, la Registradora considera que la manifestación de los albaceas resulta insuficiente para acreditar dicho extremo, teniendo en cuenta que el testador no ha atribuido a los albaceas dicha facultad, partiendo de lo preceptuado en los artículos 901 y 902 C.Civil, según los cuales "Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes", en el supuesto de que el testador no hubiera "determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes: 1.ª Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento; y, en su defecto, según la costumbre del pueblo. 2.ª Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero. 3.ª Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él. 4.ª Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes", sin que se cite entre ellas la determinación de que carece de descendencia alguno de los herederos instituidos.

En consecuencia, esta Sala comparte la calificación realizada por la Registradora y confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, considerando que la manifestación realizada por los albaceas carece de fuerza probatoria suficiente para acreditar el hecho de que D. Eulogio falleció sin descendencia, debiendo acudir cualquiera de los herederos a la tramitación de un acta de notoriedad que evidencie dicho extremo de forma firme y eficaz. Por tanto, procede la desestimación del recurso de apelación y la consiguiente confirmación de la sentencia apelada.

**CUARTO.-** En virtud de lo preceptuado en los artículos 394 y 398 L.E.Civ., se impondrán a la parte apelante las costas procesales causadas en esta instancia.

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

## FALLO

La Sala, desestimando el recurso de apelación, interpuesto por el Procurador D. Rafael Gamarra Mejías, en representación de Doña Eugenia y Doña Salvadora, contra la sentencia dictada en fecha 10 de junio de 2015 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 32 de Madrid, en autos de juicio verbal nº 553/2014; acuerda confirmar dicha resolución en todos sus pronunciamientos.

Con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta instancia.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la



Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz n° 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2577-0000-00-0779-15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, correspondiente al Rollo de Sala N° 779/2015, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL CEJPOU