

VII

El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose, en esencia, en sus alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 34, 37, 38, 40, 42, 43, 66, 72, 73, 75, 76, 79, 3.º, 82 a 85, 107, 131 y 132 de la Ley Hipotecaria, 117, 175 y 198 de su Reglamento y las Resoluciones de esta Dirección general de 8 de junio de 1988, 8 y 14 de noviembre de 1990, 1 de abril de 1991, 9 y 10 de diciembre de 1992, 25 de marzo de 1999.

1. El único problema que se plantea en el presente recurso es el de dilucidar si procede cancelar una anotación de demanda de nulidad de una hipoteca en virtud del mandamiento cancelatorio dictado en Procedimiento Judicial Sumario seguido para ejecución de dicha hipoteca, habida cuenta que la expresada anotación es posterior a la fecha de expedición de la certificación de cargas en dicho procedimiento de ejecución.

2. En el Registro sigue vigente el asiento de hipoteca, pues no está cancelado. Sigue, pues, la presunción, a todos los efectos legales, de que la hipoteca existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Pero, a la vez, y dados los términos del asiento relativo a la demanda interpuesta, es evidente que del Registro resulta que la validez o eficacia de la hipoteca está cuestionada en el procedimiento abierto a consecuencia de aquélla. La inscripción de la adjudicación realizada es el último acto del desenvolvimiento de un derecho, el de hipoteca, que, aunque esté cuestionado, se presume todavía vivo. Pero la inscripción de la adjudicación debe hacerse sin perjuicio de los eventuales derechos anunciados en la anotación de demanda.

3. Al cumplimentar el Auto, en cuanto ordena la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la expedición de la certificación que determina la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, no cabe comprender, entre los asientos cancelables, el relativo a la demanda anotada, a pesar de que tal cancelación podría parecer que viene impuesta por la regla 17.ª del mismo artículo. Para conocer el alcance cancelatorio que ha de tener el Auto debe tenerse presente la naturaleza de la enajenación forzosa que la hipoteca provoca. Esta enajenación constituye un mero desenvolvimiento de la eficacia de la hipoteca y, por tanto, «in nuce», la enajenación está en el mismo acto de constitución de la hipoteca. El principio de prioridad y los principios que rigen las adquisiciones derivadas exigen que la ejecución hipotecaria comporte, sí, la resolución y cancelación de todas las inscripciones y anotaciones que reflejen actos dispositivos del titular registral posteriores a la constitución de hipoteca, ya sean anteriores o posteriores a la nota de expedición de la certificación de cargas («resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum»). Pero, en cambio, ni pueden quedar afectadas las cargas o gravámenes anteriores, ni la adquisición por el remate o adjudicación puede tener por sí y a salvo, en su caso, lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando se cumplan sus requisitos más fuerza que la que, «in nuce», correspondía al derecho de hipoteca mismo, de modo que si la constitución del derecho de hipoteca es nula, nula será también la enajenación que la hipoteca provoca, y si lo que procede es la rescisión de la hipoteca, el tercero que adquiera después de que la causa de rescisión conste en el Registro, sufrirá las consecuencias de la misma.

Un asiento registral, como es el de la anotación de demanda cuestionada, practicada en virtud de un mandamiento de la autoridad judicial y que pone en cuestión la validez o eficacia de la misma hipoteca no es de los que pueden cancelarse en virtud sólo del Auto que aprueba el remate o adjudicación en el Procedimiento Judicial Sumario de ejecución de la hipoteca. Respecto de tal asiento, como practicado en virtud de mandamiento judicial, regirán las demás reglas y, por tanto, no se cancelará sino en virtud de mandamiento judicial.

Esta es la solución correcta de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente en el momento de producirse la calificación, sin que se prejuzgue la solución que habrá de darse cuando resulte aplicable la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el auto presidencial y confirmando la calificación del Registrador.

Madrid, 27 de marzo de 2002.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

10431 *RESOLUCIÓN de 1 de abril de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario, don Raimundo Clar Garau, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 9, don Guillermo Colomar Vicens, a inscribir una escritura de aceptación de herencia.*

En el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario jubilado, don Raimundo Clar Garau, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 9, don Guillermo Colomar Vicens, a inscribir una escritura de aceptación de herencia.

Hechos

I

Con fecha 8 de marzo de 2001, ante don Raimundo Clar Garau, Notario de Palma de Mallorca, se otorga escritura de aceptación de herencia, cuyo fundamento es el testamento otorgado por el causante el 8 de marzo de 1991, ante el Notario de dicha ciudad, don Juan Pericás Nadal. En dicha escritura la esposa del causante, heredera única, liquida la sociedad conyugal y se adjudica los bienes hereditarios.

En el testamento se hace constar que el testador es hijo de don Miguel, difunto y don Francisca viviente, y se nombra heredera única a la esposa «sin perjuicio de la legítima de las personas que tuvieren derecho a ella».

A estos documentos se acompaña una escritura complementaria de fecha 28 de junio de 2001, otorgada ante el Notario citado en la que comparece la viuda, que exhibe al Notario el Libro de Familia de su esposo, de donde resulta que la madre de este se llamaba Mercedes y no Francisca, que falleció antes que el causante, lo cual se acredita mediante el certificado de defunción de la misma.

II

Presentados en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, 9, copia de la escritura de aceptación de herencia, junto con los documentos expresados anteriormente, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento, calificado con defectos, y vuelto a presentar ahora junto con escritura llamada «de rectificación y complementaria de otra» otorgada ante el mismo Notario con fecha veintiocho de junio del corriente año con número de protocolo dos mil doscientos treinta y nueve, y vuelto a calificar con defectos, a petición del presentante se extiende la siguiente nota: Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse el defecto subsanable de no concurrir a la liquidación y partición de la herencia la madre del causante fallecido sin sucesión, como legitimaria viviente según el testamento, ni acreditarse su fallecimiento, al existir contradicción entre los documentos aportados, artículos 807-2 en relación con 809 y 1.051 y siguientes del Código Civil. No se ha tomado anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada. Contra la anterior calificación podrá recurrirse gubernativamente ante el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, dentro del plazo de cuatro meses a contar desde la fecha de la nota en los términos que establece el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Palma, a 25 de setiembre de 2001.-El Registrador.-Firma ilegible».

III

Don Raimundo Clar Garau, Notario jubilado, interpuso recurso gubernativo a efectos doctrinales contra la anterior calificación (que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, el 22 de enero de 2002) y alegó: A. Problema previo. Que la propia nota en sí plantea un problema que se considera que la anula y destruye, ya que se fundamenta la denegación en los artículos 807-2.º y 809 del Código Civil; que no son aplicables al caso y que llevarían a unas consecuencias graves, pues a este caso es aplicable el derecho civil de Baleares (artículos 41-2.º y 43 de la Compilación). Que no parece haber duda sobre la vecindad civil del causante, ya que se desprende de la documentación presentada. Que parece inaceptable que se fundamente la denegación de la inscripción de una escritura de aceptación de herencia que debe regularse por los artículos de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, en otros paralelos del Código Civil que recogen soluciones contradictorias en cuanto quienes son legitimarios y a la cuantía de la legítima. Que si los fundamentos

de derecho en que se apoya una calificación registral no son de aplicación al caso concreto difícilmente es sostenible dicha nota de negativa. B. Problema Central. En este supuesto el problema radica en que la madre eventualmente legitimaria falleció con anterioridad a su hijo el causante, por lo tanto no existe ningún heredero forzoso y la duda planteada está en que, según el testamento, el hijo deja a salvo la legítima que pueda corresponder a su madre doña Francisca que, en realidad, se llamaba Mercedes. El problema radica en la forma de acreditar que doña Francisca y doña Mercedes era una misma persona. Que el problema radica en si el acta de notoriedad es el único medio para acreditar que una persona que es conocida por dos nombres es la misma persona, postura que es la defendida por el Sr. Registrador y con la que no se está de acuerdo. Que se otorgó una escritura de rectificación y complementaria, dando fe que doña Francisca y doña Mercedes F. M. eran la misma persona que había fallecido antes que su hijo causante. Que en la citada escritura el grado de prueba es total en la dación de fe de un hecho; en el acta de notoriedad es menor. Que como fundamentos de derecho se citan los artículos 1.2,41-2.º y 43 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares; 9, 8, 16-4.º 1218 del Código Civil y 1 y 2 de la Ley del Notariado y 197, 209 y 209 bis del Reglamento Notarial y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 3 de septiembre de 1998, y también el artículo 324 de la Ley 31 de diciembre de 2001 en relación con el artículo 49, 1.º, letra e) del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares.

IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota informó: Que el recurso ha sido interpuesto fuera del plazo que establece el artículo 326 de la Ley Hipotecaria. Que la disposición transitoria décimo octava de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el régimen que prevé la propia Ley para el recurso gubernativo es de aplicación a los recursos interpuestos con posterioridad a su entrada en vigor no distinguiendo según el momento en que fue emitida la nota recurrida. Por tanto, debe tenerse por no admitido el recurso interpuesto intempestivamente. Que otra cuestión a dilucidar es si el recurso puede ser interpuesto por un Notario jubilado, pues no cumple los requisitos del artículo 325-b) de la Ley Hipotecaria. Por tanto, debe tenerse por no admitido el recurso por falta de legitimación. Que el motivo por el que se extiende la nota de calificación es por no concurrir a la liquidación y partición de la herencia la madre de la causante fallecida sin sucesión en calidad de legitimaria viviente según el testamento. Que este fue el defecto que se comunicó cuando se presentó la escritura por primera vez y no prejuzga ni sobre la vecindad civil del causante, ni sobre que Ley regula la sucesión, ni sobre la cuantía de la legítima. Que la necesidad de concurrencia del legitimario surge tanto si se considera al causante de vecindad común como de vecindad civil mallorquina, ya que en los dos supuestos a falta de hijos son legitimarios los padres y es necesaria la intervención de los legitimarios en la partición. Que la nota admite la posibilidad de que se acredite el fallecimiento del legitimario, pero para ello no debe existir contradicción entre los documentos que se aporten, lo que no ocurre en este caso: a) El propio causante en el testamento, el certificado de defunción y el certificado de Última Voluntad la nombra de una manera, mientras fue. B) El libro de familia aportado la llama de otra, siendo de notar que este es el único documento que relaciona a este nombre Mercedes con el causante, pues el documento nacional de identidad y el certificado de defunción aportados lo único que demuestran es que determinada persona vivió y murió, y en cuanto a las manifestaciones que hace la heredera, ciertamente no hacen fe. Que es por ello que cuando se declare notorio el hecho de que coinciden dos nombres en una misma persona, se procede a la inscripción al desaparecer la duda sobre quien será la legitimaria y al mismo tiempo resulta su fallecimiento, sin que ello signifique que se halla exigido acta de notoriedad. Que examinado el recurso resulta que nada hay que decir sobre la primera de las cuestiones planteadas y en relación con la segunda que el recurrente confunde la dación de fe de lo que el compareciente expone con la verdad intrínseca de lo expuesto, con el olvido además de que en el caso existen documentos públicos contradictorios y que en la llamada escritura «de rectificación y complementaria de otra» en ningún momento se da fe de algún hecho distinto de la propia manifestación y de que precisamente para fijar los hechos notorios sobre los cuales pueden ser fundados y declarados derechos están las actas de notoriedad (artículo 20 9 del Reglamento Notarial). Que como fundamentos de derecho se citan los artículos 9-8, 14-5, 807-2, 809 y 1051 y siguientes del Código Civil y 41 y 42 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, 18, 325 y 326 de la Ley

24/2001 de 27 de diciembre; 76 y 80 del Reglamento Hipotecario, 1 de la Ley del Notariado y 144, 188 y 209 del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado.

Fundamentos de Derecho

Vistos el artículo 2.3 del Código Civil, la disposición transitoria decimotercera de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria;

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

Se presenta en el Registro, en unión del correspondiente testamento, escritura manifestación de herencia por la que la esposa del causante, heredera única, liquida la sociedad conyugal y se adjudica los bienes hereditarios.

En el testamento se hace constar que el testador «es hijo de don Miguel, difunto, y don Francisca, viviente» y se nombra heredera única a dicha esposa, sin perjuicio de la legítima de «las personas que tuviesen derecho a ella».

A dichos documentos se acompaña una escritura complementaria en la que comparece la viuda expresada, exhibe al Notario el Libro de familia de su esposo, de donde resulta que la madre de éste se llamaba Mercedes y no Francisca, y que falleció antes que el causante, lo que se acredita mediante el certificado de defunción de la misma.

El Registrador califica con nota del siguiente tenor: «Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse el defecto subsanable de no concurrir a la liquidación y partición de la herencia la madre del causante fallecido sin sucesión, como legitimaria viviente según el testamento, ni acreditarse su fallecimiento, al existir contradicción entre los documentos aportados, artículos 807-2 en relación con 809 y 1051 y siguientes del Código Civil.» El Notario recurre la calificación.

En el informe preceptivo alega el Registrador que el recurso se presenta fuera de plazo, argumentando que, aunque sea la nota de calificación de fecha 25 de septiembre de 2001, al ser la interposición del recurso de fecha 14 de enero de 2002, ha de aplicarse la regulación establecida por la Ley 24/2001, que establece el plazo de un mes.

2. En cuanto al plazo para la interposición del recurso, ha de entenderse interpuesto dentro de plazo. Aunque la disposición transitoria decimotercera de la Ley 24/2001 establezca que el nuevo régimen de los recursos gubernativos se aplicará a los interpuestos desde su entrada en vigor, ello es indudable que no afecta al presente supuesto puesto que, aunque, como hipótesis se entendiera que se aplica a los recursos interpuestos desde su entrada en vigor, tal plazo debería empezarse a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, y no desde la calificación, que se realizó durante la vigencia de las normas anteriores, pues de no ser así se estaría dando efecto retroactivo a dicha Ley, y tal efecto, ni viene impuesto por dicha disposición adicional, ni por la regla general establecida en el artículo 2.3 del Código Civil.

3. Entrando en el defecto aducido por el Registrador, tal defecto no puede mantenerse. En efecto, aunque en el testamento se diga que el nombre de su madre es el de Francisca, aportado el libro de familia de los padres del testador, del que resulta que la madre de éste se llamaba Mercedes, y el certificado de defunción de esta última, resulta suficientemente acreditado que el nombre que figura en el testamento se debe a un error, que resulta subsanado por los documentos que se aportan del Registro Civil.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando la calificación del Registrador.

Contra esta resolución cabe recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 1 de abril de 2002.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Sr. Registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca número 9.