

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9817 *Resolución de 17 de julio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Madrid n.º 52, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación, manifestación de herencia y extinción de usufructo.*

En el recurso interpuesto por don J. A. N. V. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Madrid número 52, doña Carmen Posada de Grado, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación, manifestación de herencia y extinción de usufructo.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Alcobendas, don Gerardo Von Wichmann Rovira, el día 23 de febrero de 2017, con el número 735 de protocolo, don J. A. N. V. otorgó por sí solo las operaciones de aceptación, adjudicación de herencia y extinción de usufructo causadas por el fallecimiento de su padre, don J. A. N. F. El causante había fallecido el 20 de septiembre de 2010, en estado de divorciado de sus segundas nupcias sin descendencia de estas. De su primer matrimonio válido había tenido un hijo, llamado don J. A. N. V. que es el compareciente. De su último testamento otorgado el día 14 de septiembre de 1995 ante el notario de Madrid, don Luciano Marín Carrera, a lo que a efectos de este expediente interesa, hace las siguientes disposiciones: prelega a su hijo, don J. A. N. V., un piso sito en Madrid, que a la apertura de la sucesión es inexistente, y le instituye heredero en el remanente de sus bienes y herencia; reconoce como hija suya a doña M. D. N. P., a la que lega el dinero que el testador tenga a su fallecimiento y que «cubra, como mínimo, la legítima estricta que según Ley le corresponde, que siempre quedará a salvo, pagando su hijo don J. A. N. V. la diferencia que faltara en su caso, en metálico». Además nombra administradores, albaceas y contadores-partidores del caudal hereditario a dos personas de los que no se menciona en la escritura ni en la nota de calificación; estos contadores tienen las más amplias facultades para realizar operaciones de inventario, avalúo, liquidación y adjudicación del caudal hereditario, y entregar legados, todo «sin perjuicio de la válida actuación de los interesados por sí solos». El heredero, don J. A. N. V., con fecha 26 de noviembre de 2012, instó demanda de división judicial de herencia ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid número 16, que concluyó con auto de fecha 15 de noviembre de 2016, en el que el juez declaró la inadecuación del procedimiento de división de herencias porque «no se justifica mediante su correspondiente inscripción, la filiación en virtud de la cual D.ª D., sería hija y heredera del causante, lo que motiva que el presente procedimiento devenga inadecuado y por tanto nulo “ab initio”, al no constar más que la existencia de un solo hijo y heredero del causante». Del testimonio del auto del Juzgado, que se incorpora a la escritura, resulta que, en la comparecencia judicial, la legataria hace constar que la demanda está mal dirigida, ya que sus apellidos no son N. P., sino P. D., solicitando, en base a ello, que se declare la nulidad de las actuaciones «ab initio» y se entablen las relaciones jurídico procesal, en lo relativo a las partes, de forma correcta. Del testimonio del auto incorporado a la escritura, resulta que en el acta de comparecencia de la legataria se relata lo siguiente: «(...) manifiesta que el causante de la herencia J. A. N. F. contrajo matrimonio con Dña. C. P. D., ambos son progenitores de la compareciente pero posteriormente dicho matrimonio fue anulado y al nacer la compareciente fue inscrita únicamente con los apellidos de la madre».

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid número 52 el día 13 de marzo de 2017, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad número cincuenta y dos de Madrid. Calificado el precedente documento no se accede a la inscripción solicitada teniendo en cuenta los siguientes hechos y fundamentos de derecho Hechos: Con fecha trece de marzo de dos mil diecisiete, se presenta en este Registro de la Propiedad N.º 52 de Madrid, causando el asiento de presentación 415 del Diario 15, escritura de aceptación y manifestación de herencia y extinción de usufructo otorgada en Alcobendas, el veintitrés de febrero de dos mil diecisiete, ante el Notario Don Gerardo V. Wichmann Rovira, número 735 de protocolo, como consecuencia del fallecimiento de Don J. A. N. F. Dicha escritura fue retirada por el presentante el 31 de marzo de 2017 y devuelta por el mismo el 10 de abril de 2017. Dicho señor falleció el 20 de septiembre de 2010 bajo su último testamento otorgado en Madrid, el 14 de septiembre de 1995, ante el Notario Don Luciano Marín Carrera, número 2.005 de protocolo, en el que después de manifestar que estaba divorciado de Doña C. S. J., careciendo de descendientes, estuvo casado y posteriormente divorciado con Doña J. V. B., de cuyo enlace tuvo un hijo llamado Don J. A. N. V., por su estipulación segunda, reconoce como hija natural a Doña M. D. N. P.; por su estipulación cuarta, legó a su hija M. D. N. P. el dinero que el testador tuviera a su fallecimiento en cuanto que ese legado cubra, como mínimo, la legítima estricta, pagando su hijo Don J. A. N. V. la diferencia en metálico; y por su estipulación quinta, del remanente de sus bienes, nombró heredero a su hijo J. A. N. V. En el documento presentado comparece Don J. A. N. V., quien como heredero, se adjudica la totalidad de los bienes inventariados, haciendo constar que, en cualquier caso, quedan a salvo los derechos que puedan corresponderle a la hija reconocida por el testador, de modo que, en caso de quedar acreditada la filiación, se le satisfarían sus derechos legitimarios en metálico. Se incorpora al documento acta de comparecencia ante el Juzgado de la Instancia n.º 16 de los de Madrid, en el procedimiento de división de herencia 1687/2012 seguido a instancia de Don J. A. N. V. contra Doña M. D. N. P., en el que con fecha 6 de octubre de 2016 comparece Doña M. D. P. D. manifestando que la demandada está mal dirigida puesto que M. D. N. P. no existe. Reconoce expresamente que el causante Don J. A. N. F. contrajo matrimonio con su madre Doña C. P. D., y ambos son sus progenitores, pero posteriormente dicho matrimonio fue anulado y la compareciente fue inscrita con los apellidos de la madre, por lo que solicita que se declare la nulidad “ab initio” de las actuaciones. Se incorpora asimismo auto dictado el 15 de noviembre de 2016 por el mismo Juzgado en el citado procedimiento en cuya parte dispositiva se declara la inadecuación del procedimiento de división de herencia procediendo al archivo de las actuaciones. Es necesario que la legitimaria Doña M. D. P. D., comparezca a la partición de la herencia. Fundamentos de Derecho: Si bien es cierto que, tal y como señala en Notario en la escritura, en los fundamentos de derecho del mencionado auto de 15 de noviembre de 2016, el Juez declaró la inadecuación del procedimiento de división de herencia razonando que “no se justifica mediante su correspondiente inscripción, la filiación en virtud de la cual Doña D., sería hija y heredera del causante, lo que motiva que el presente procedimiento devenga inadecuado y por tanto nulo ‘ab initio’, al no constar más que la existencia de un solo hijo y heredero del causante», esto en ningún caso puede implicar que la hija reconocida por el causante en su testamento no tenga la condición de legitimaria, y ello por los siguientes motivos: 1) En primer lugar hemos de tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 120.2 del Código Civil, la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente por el reconocimiento en testamento u otro documento público, siendo este reconocimiento irrevocable (art. 741 Cc) y produciendo sus efectos con carácter retroactivo. De manera que, establecida legalmente una filiación, ésta surte todos sus efectos en tanto no haya sido impugnada en los plazos y supuestos previstos para ello (art. 112 Cc) sin que la inscripción de la filiación en el Registro Civil tenga, en ningún caso, carácter constitutivo, constituyendo meramente un medio de prueba de dicha filiación. 2) En el supuesto que nos ocupa, no consta que la hija reconocida haya ejercitado la acción de impugnación, es más, en la comparecencia judicial a la que hemos hecho

referencia en los hechos, admite que el causante es su progenitor, y simplemente hace constar que la demanda está mal dirigida ya que sus apellidos no son N. P. sino P. D., solicitando, en base a ello, que se declare la nulidad de las actuaciones ab initio' y se entablen las relaciones jurídico procesal, en lo relativo a las partes, de forma correcta. Y eso es lo que hace el Juez en la parte dispositiva del auto incorporado al documento, ya que el procedimiento que concluye con dicho auto, es un procedimiento de división de herencia que no tiene por objeto, en ningún caso, decidir si Doña D. P. D. tiene o no la condición de hija del causante, ya que como hemos dicho, su filiación está legalmente determinada mediante el reconocimiento hecho por su padre en el testamento y produce plenos efectos. Por tanto, resultando del testamento la existencia de dos hijos del testador y no constando que la filiación de ninguno de ellos haya sido impugnada y prosperado la acción de impugnación, ha de tenerse a ambos hijos como legitimarios del causante y por tanto será necesaria para la validez de la partición el concurso de ambos (art. 806, 807, 849 y 1.080 Cc., R.D.G.R.N. de 18 de abril de 2000. Finalmente hemos de tener en cuenta que el causante dispone en su testamento el pago en metálico de la legítima correspondiente a Doña D., por lo que es de aplicación lo dispuesto en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 844 del Código Civil la decisión de pago en metálico de la legítima no producirá efecto si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión, debiendo hacerse el pago en el plazo de otro año. Transcurrido este plazo sin que se haya efectuado el pago, caduca la facultad de pago en metálico debiendo repartirse la herencia conforme a las reglas generales de la partición. Y conforme a lo dispuesto en el artículo 843 del Código Civil, "salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación por el Secretario Judicial o Notario". Por lo expuesto se suspende la inscripción solicitada. Contra esta calificación (...) Madrid, 26 de abril de 2017. La registradora Fdo. Carmen Posada de Grado».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. A. N. V. interpuso recurso el día 4 de mayo de 2017 en el que, en síntesis, alega lo siguiente: «(...) Sobre el punto primero, se hace mención a los artículos 120.2, 741 y 112 del Cc., con los que se pretende defender la negativa a la inscripción solicitada, si bien, el articulado expuesto parece «a priori» ofrecer sustentación legal suficiente a la postura registral, pero en derecho esta no puede ser en modo alguno la correcta argumentación legal, pues se ignora el principio básico del asunto, que no es otro que la filiación de M. D. P. D., pues tal como correctamente dispone el propio juez que dicta el auto 531/2016, en el que hace citación expresa al art. 44 del LRC, donde se fija la forma correcta comprendida en la ley para la obtención de la filiación paterna necesaria por parte de la Sra. P. D.; en este caso a tenor de lo dispuesto por su ilustrísima y el mencionado art. 44 LRC, se requiere la tramitación del expediente y su presentación ante la autoridad registral-civil, expediente que en su proceso, ha de ser garantista con los derechos de todas las partes y con posibilidad de impugnación y oposición, pues de lo contrario se desprende, que, todo aquel que quisiera podría cambiar su filiación en interés propio o de tercero alegando motivo ante funcionario público alguno o por motivo de herencia como es este caso que nos ocupa, algo que incurriría en fraude de ley. Por otra parte, y con relación a lo anterior, cabe recordar que también es de aplicación lo que dispone el arts. 112 y 113 Cc. en su párrafo último y lo dispuesto en el art. 114 Cc. en materia de rectificación e impugnación de asientos del registro civil conforme a la ley, y por último el art. 123 Cc, sobre el reconocimiento de la filiación de un hijo mayor de edad y el consentimiento expreso necesario por parte de este, algo que no se ha producido en manera alguna. Aunque resulte a todas luces cierto, que la Sra. P. D. afirmo en al acta de comparecencia ser hija del causante, no adquiere por ello derecho alguno a estos efectos mediante lo dispuesto en el art. 113 Cc, que en su último párrafo mantiene la norma siguiente "No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria". Es decir, una misma persona no puede tener dos filiaciones

distintas prevaleciendo la figurante en el registro civil ante las no reconocidas, razonándose por tanto, que la identidad legal y firme hasta la fecha de D.^a M. D. P. D. con DNI (...), es exactamente esa, y no la de M. D. N. P. sin DNI-NIF alguno expedido, y que por tanto la última resulta ser inexistente a todos los efectos legales como tal a día de hoy, reafirmando con su inactividad y falta de interés actuales, de forma que no ha instado de manera alguna expediente ante el mencionado registro ni ante la justicia hasta la fecha aun siendo perfecta conocedora del fondo del asunto y tras más de 5 años de litigio, por lo tanto queda imposibilitada legalmente como heredera del causante al carecer de la filiación paterna necesaria, y, a menos que en el futuro desee iniciar el trámite, aspecto y posibilidad que se completa con la garantía que tal proceso legal ofrece y la personal del solicitante, que vendrá obligado a realizar, dado el caso, el pago de la legítima estricta en el supuesto de que se produzca la rectificación en el registro civil, condición recogida en derecho para la aceptación de herencia. En el punto segundo de la nota, se hace referencia de nuevo al punto primero en su primera mitad, a la filiación de D.^a M. D. y a lo declarado por ella ante letrado de la administración de justicia, en concreto hace mención a que D.^a M. D., no consta que haya iniciado impugnación alguna, entiendo que se hace referencia a el procedimiento de división de herencia instado por el solicitante, y admite que el causante es su padre, una vez más, vemos como se desprecia lo dispuesto por la LRC y el art. 113 en su último párrafo, donde se entiende que nadie puede tener dos filiaciones distintas a la vez, por exponerlo a modo de ejemplo, es como pretender tener una filiación para el día a día cotidiano, y otra para heredar y liquidar los impuestos que lógicamente hacienda no reclamaría jamás por no existir y carecer de número de identificación fiscal legalmente la persona que ha heredado. Por otro lado distinto, y en mayor prueba se lo anterior, la declarante durante su comparecencia, manifiesta que la demanda está mal dirigida, y reconoce que sus apellidos no son los designados por el causante, si no otros distintos, dando prueba firme de este dato mediante la exhibición del libro de familia y del DNI, afirmación por su parte que da la plena razón al solicitante en cuanto a la filiación necesaria para heredar se refiere, y motiva, el razonamiento del art. 44 LRC por parte del juez en el auto judicial en cuanto a lo documentalmente aportado, manifestado y constatado durante la comparecencia, que en los documentos presentados por ella, desconocemos si en algún momento del pasado la madre reconoció en expediente aparte del registro civil, a el mero efecto de filiación a otra persona como padre, mediante matrimonio o enlace diferente, ya que en tal caso, la registradora con su pretensión de asignar arbitrariamente al causante como padre bien podría iniciar un problema grave de índole familiar a la presunta heredera alterando gravemente su filiación de estado natural y familiar, ya que por su falta de interés a lo largo de años hasta la actualidad, bien podría ser esta causa de el motivo para no estar interesada en absoluto de este asunto. Al respecto de la afirmación de la compareciente sobre la mala dirección procesal de la demanda junto con su solicitud de que «se declare la nulidad de las actuaciones desde el inicio, para que se entable relación jurídico-procesal desde el inicio en lo relativo a las partes intervinientes de forma correcta y no con el error anunciado» ya es contestada en el auto con la aplicación del art. 254 de la LEC, donde, ya que la compareciente no puede solicitar caprichosamente ante el juzgado que dicta el auto, el procedimiento por estar establecida su subsanación mediante normas de orden público, en clara alusión a lo dispuesto en el 44 LRC. Por otra parte, el solicitante no puede actuar contra D.^a M. D. P. D. por no ser la persona filialmente mencionada y resultar inexistente y además, carecer el solicitante de derecho suficiente para obligar a la heredera a instar procedimiento, aceptar o renunciar un cambio de filiación pues sería una vulneración del derecho y constitucional al resultar ser un derecho personalísimo y una decisión absolutamente propia al resultar mayor de edad, de ahí la disposición de archivo del proceso, al no poderse continuar por las partes con excepción de la propia interesada, tan firme y clara es la ley en este aspecto, que ni el propio juzgado puede promover expediente de filiación paterna salvo en el caso de que se tratase de un menor, es por este motivo por el cual se dispone la inadecuación del proceso pero no la nulidad “ab initio”, pues no puede la sala ni el ministerio fiscal instar proceso alguno de filiación paterna de lo desprendido de la comparecencia de la heredera, debiendo ser

instado este aparte y lugar distinto por ella misma. También cita en auto el juez, el art 477 y 782 de la LEC en materia de casación y resoluciones recurribles en casación y en materia de solicitud de división judicial de herencia respectivamente, en el punto 112 del primero, "El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso", con intención de salvar así las posible actuaciones que puedan promoverse en un futuro por parte de S.^a P. D., y es por esto por lo que el solicitante se obliga, de forma totalmente voluntaria, en la escritura de aceptación de herencia a obligarse a resarcir a la heredera si se diera el caso conforme a su legítimo derecho en el futuro. En el segundo artículo, resuelve el juez que no es de aplicación en este caso. Conclusión. I.—Que de todo lo anterior se desprende que D.^a M. D. P. D., no está acreditada legalmente como heredera legítima en el proceso de división y aceptación de herencia mediante la necesaria filiación requerida para este acto, aunque no pierde su derecho legítimo si recurriese y demostrase la filiación necesaria al amparo de la ley a ser legataria y en un día futuro promoviese expediente o juicio oral necesario conforme al orden publico establecido, para la adopción de la figura de legitimarla, momento en el que por la instancia de la casación descrita, accedería sin más como heredera de pleno derecho a la garantía establecida en forma de obligación voluntaria de el único heredero legítimo, D. J. A., N. V., es de recordar que no hay otro heredero constatado legalmente en el testamento, arts. 123, 113, 750, 767 párrafo 2.º y 1080 Cc. Cabe mencionar, que el razonamiento que pretende hacer valer el escrito del registro en su argumentación, pretende imponer una filiación de forma arbitraria a una persona que hasta la fecha no ha aceptado, ni tiene por qué hacerlo, salvo en el modo que el derecho civil y las leyes establecen, poniendo en riesgo con ello el derecho a su intimidad, a su filiación natural de estado y a la dignidad de la propia persona, y vetando por otra parte, el derecho del solicitante a ejercer su personación en el proceso, oposición o aceptación del hecho de resultar efectivamente hermanos consanguíneos. II.—Asimismo la calificación no solo no es ajustada a Derecho, sino que de aceptarse se estaría paralizando la aceptación de la herencia y la inscripción presente "sine die", toda vez, que depende de la acción futura e incierta de que la Sra. P. D., decida instar un procedimiento de filiación que por otro lado estaría además prescrito, pues ya se ha notificado desde hace varios años el presente procedimiento, y la existencia del testamento 2010 primer burofax. Así las cosas, si finalmente no decide instar procedimiento alguno, (la misma actitud pasiva que lleva manteniendo desde hace años), se impediría el ejercicio de los derechos del hoy recurrente a resultas de la presente suspensión de inscripción».

IV

Notificado de la interposición del recurso el notario autorizante de la escritura calificada, don Gerardo Von Wichmann Rovira, mediante escrito, de fecha 8 de mayo de 2017, presentó las siguientes alegaciones: «I.—Que el recurrente, ante la declaración realizada por el causante, Don J. A. N. F., en su último testamento, reconociendo como hija suya a doña M. D. N. P., instó la oportuna demanda de división judicial de herencia, ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 16 de Madrid, con fecha 26 de noviembre de 2012, para que doña M. D. pudiera intervenir en dicho procedimiento judicial y defender sus intereses. II.—Que en el citado procedimiento se personó doña M. D. manifestando que su verdadero nombre es el que constaba exclusivamente determinado por su filiación materna no matrimonial, según Libro de Familia que aportó, y no el que figuraba en la demanda, que sería el que le correspondería en virtud del reconocimiento paterno, y, por tal razón, el Juez -como se refleja en la escritura- declaró que «no se justifica mediante su correspondiente inscripción, la filiación en virtud de la cual D.^a D., sería hija y heredera del causante, lo que motiva que el presente procedimiento devenga inadecuado y por tanto nulo "ab initio", al no constar más que la existencia de un solo hijo y heredero del causante». III.—Que contra dicho pronunciamiento judicial, la señora registradora manifiesta que ello no puede implicar que la hija reconocida por el causante en su testamento no tenga la condición de legitimaria, basando su afirmación en que la filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento en testamento (120.2 C.c.), el cual es irrevocable (art. 741 C.c.), y

produce plenos efectos desde dicho reconocimiento, incluso con carácter retroactivo (art. 112C.c.). IV.—Que, no obstante, tales afirmaciones no se ajustan a lo dispuesto en nuestro Derecho, pues es cierto que la filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento en testamento, siendo aquél irrevocable, pero no lo es que produzca plenos efectos desde entonces, pues, conforme al artículo 123 C.c., «el reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito», de modo que si no media ese consentimiento no existe tal eficacia, y, en consecuencia, no constando en las actuaciones judiciales ni el consentimiento expreso ni el tácito de doña M. D. al reconocimiento testamentario de paternidad, dicho reconocimiento no produce efectos y la filiación no ha quedado determinada, que es lo que el juez resuelve. V.—Que frente a ello, la registradora realiza una interpretación particular de las declaraciones realizadas por doña M. D. en su comparecencia judicial, considerando, al parecer, que implican una suerte de aceptación tácita del reconocimiento, pero, aparte de que dichas manifestaciones pueden ser interpretadas de otra forma, pues al no aceptar los apellidos que le corresponderían en virtud de tal filiación (art. 109 C.c.) puede entenderse que está rechazando el reconocimiento, lo cierto es que a la única autoridad a la que le corresponde tal interpretación es al juez que conoce del caso, pues teniendo en cuenta el ámbito legal de la calificación registral y la reiteradísima doctrina de la Dirección General de los Registros y Notariado, la calificación registral no puede entenderse ni al fondo ni a los fundamentos de las decisiones judiciales, ni tampoco puede el Registrador exigir la justificación de un hecho que el juez dejare probado o no (vid. resolución 29 noviembre 2004) y, en este caso, el juez declara no probada la filiación paterna de doña M. D. y, con ello, su condición de legitimaria del causante. VI.—Que a pesar del claro pronunciamiento judicial en tal sentido -que es el que se tuvo en cuenta por este funcionario informante-, la registradora considera que ha de tenerse a ambos hijos por legitimarios «y por tanto será necesaria para la validez de la partición el concurso de ambos», omitiendo que doña M. D. ya fue citada y compareció en el procedimiento judicial de división de la herencia, por lo cual, sus derechos como posible legitimaria han sido respetados. En efecto, si el fundamento esencial de la intervención de los legitimarios en la partición, es que puedan comprobar que el inventario y avalúo de los bienes hereditarios y el consiguiente cálculo de su legítima se realiza adecuadamente sin perjuicio de sus derechos, una vez que la citada señora intervino en el procedimiento y se le dio la oportunidad de demostrar su condición de legitimaria preservar la intangibilidad de su legítima, se ha cumplido con la finalidad de tal exigencia, sin que pueda hacerse responsable al heredero de la inacción o de cualquier otra concreta actuación de dicha posible legitimaria, con la consiguiente paralización -quizá por tiempo indefinido- de la adjudicación de los bienes hereditarios a su favor, sobre todo, si se tiene en cuenta que, por el carácter personalísimo de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial (vid. art. 133 C.c.), el heredero no tiene medio legal para obligar a la posible legitimada a que preste o no su consentimiento al reconocimiento testamentario de la filiación paterna. VII.—Que, finalmente, en cuanto a las consideraciones que realiza la registradora sobre la comunicación del pago en metálico de la legítima y la caducidad de tal facultad, aparte de presuponer -nuevamente- que doña M. D. tiene la condición de legitimaria del causante -lo cual el juez declara no probado-, suponen una conclusión de la señora registradora que carece de adecuado fundamento, pues de los documentos presentados y objeto de calificación no es posible concluir si se ha realizado o no tal comunicación y en qué plazo, ni cuál fue, en su caso, la conducta de la posible perceptora de las cantidades».

V

Mediante escrito, de fecha 17 de mayo de 2017, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 112, 113, 114, 120, 121, 122, 123 y siguientes, 741, 806, 807, 840 y siguientes y 1080 del Código Civil; 35, 44, 49 y 53 de la Ley del Registro Civil; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; 187 del Reglamento del Registro Civil, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de abril de 2000.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: el causante en su último testamento instituye heredero a su único hijo matrimonial en el remanente de sus bienes y herencia; reconoce como hija a doña M. D. N. P., a la que lega el dinero que el testador tenga a su fallecimiento y de forma que «cubra, como mínimo, la legítima estricta que según Ley le corresponde, que siempre quedará a salvo, pagando su hijo don J. A. N. V. la diferencia que faltara en su caso, en metálico»; nombra administradores, albaceas y contadores-partidores del caudal hereditario a dos personas -de los que no se menciona en la escritura ni en la nota de calificación- con amplias facultades para realizar operaciones de inventario, avalúo, liquidación y adjudicación del caudal hereditario, y entregar legados, todo «sin perjuicio de la válida actuación de los interesados por sí solos»; el heredero instó demanda de división judicial de herencia que concluyó con auto en el que el juez declaró la inadecuación del procedimiento de división de herencias porque «no se justifica mediante su correspondiente inscripción, la filiación en virtud de la cual D.^a D., sería hija y heredera del causante, lo que motiva que el presente procedimiento devenga inadecuado y por tanto nulo “ab initio”, al no constar más que la existencia de un solo hijo y heredero del causante».

La registradora señala que es necesario que la legitimaria, doña M. D. P. D., comparezca a la partición de la herencia pues, si bien es cierto el juez declaró la inadecuación del procedimiento de división de herencia razonando que no se ha inscrito la filiación, esto en ningún caso puede implicar que la hija reconocida por el causante en su testamento no tenga la condición de legitimaria, ya que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente por el reconocimiento en testamento u otro documento público, siendo este reconocimiento irrevocable y produciendo sus efectos con carácter retroactivo; que establecida legalmente una filiación, ésta surte todos sus efectos en tanto no haya sido impugnada en los plazos y supuestos previstos para ello sin que la inscripción de la filiación en el Registro Civil tenga, en ningún caso, carácter constitutivo, constituyendo meramente un medio de prueba de dicha filiación; que el procedimiento incoado es de división de herencia que no tiene por objeto, en ningún caso, decidir si la llamada tiene o no la condición de hija del causante, ya que su filiación está legalmente determinada mediante el reconocimiento hecho por su padre en el testamento y produce plenos efectos; que resultando del testamento la existencia de dos hijos del testador y no constando que la filiación de ninguno de ellos haya sido impugnada, ha de tenerse a ambos hijos como legitimarios del causante y por tanto será necesaria para la validez de la partición el concurso de ambos; que el causante dispone en su testamento el pago en metálico de la legítima correspondiente a la legataria, por lo que la decisión de pago en metálico de la legítima no producirá efecto si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión, debiendo hacerse el pago en el plazo de otro año y que transcurrido este plazo sin que se haya efectuado el pago, caduca la facultad de pago en metálico debiendo repartirse la herencia conforme a las reglas generales de la partición y que salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación por el secretario judicial o notario.

El recurrente alega lo siguiente: que la filiación de doña M. D. con respecto al causante, no está determinada mientras no se produzca la rectificación del Registro Civil y por lo tanto no es legitimaria; que doña M. D. tiene una filiación determinada y no cabe por lo tanto alegar otra, ya que no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria; que en consecuencia, no estando inscrita la filiación, no está ella acreditada como heredera legítima en el procedimiento de división de la herencia por lo que se ha resuelto como inadecuado por el juez; que la calificación intenta imponer una filiación de forma arbitraria a una persona que hasta le fecha no ha aceptado ni impugnado

nada; que si doña M. D. no decide instar ningún procedimiento de filiación, según la actitud pasiva que observa hace años, se impide el ejercicio del derecho del heredero de adjudicación de la herencia.

El notario autorizante alega lo siguiente: que la declaración de inadecuación del procedimiento de división de herencia lo fue porque doña M. D. declaró que sus apellidos eran los de su filiación materna y no los que aparecían en la demanda, que corresponden con los del llamamiento del testamento, lo que determinó que el juez, ante la existencia de un solo heredero declarase inadecuado el procedimiento; que, si bien es cierto que la filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento en testamento, siendo aquél irrevocable, no lo es que produzca plenos efectos desde entonces, pues el reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito, de modo que si no media ese consentimiento no existe tal eficacia, y, en consecuencia, no constando en las actuaciones judiciales ni el consentimiento expreso ni el tácito de doña M. D. al reconocimiento testamentario de paternidad, dicho reconocimiento no produce efectos y la filiación no ha quedado determinada, que es lo que el juez resuelve; que la registradora realiza una interpretación particular de las declaraciones realizadas por doña M. D. en su comparecencia judicial, considerando, al parecer, que implican una suerte de aceptación tácita del reconocimiento, pero que no procede esto porque la calificación registral no puede entenderse ni al fondo ni a los fundamentos de las decisiones judiciales; que señalado por la registradora la necesidad de la concurrencia de ambos legitimarios, olvida que doña M. D. ya fue citada en el procedimiento sin hacer alegación alguna ni impugnación de la legítima; que ante esta actitud pasiva se produce una paralización indefinida de la adjudicación de los bienes; que respecto de la falta de cumplimiento de los requisitos para el pago de la legítima en metálico, suponen una conclusión de la registradora que carece de adecuado fundamento, pues de los documentos presentados y objeto de calificación no es posible concluir si se ha realizado o no tal comunicación y en qué plazo, ni cuál fue, en su caso, la conducta de la posible perceptora de las cantidades.

2. Se alega por el recurrente que no está determinada la filiación de la legataria respecto del causante ya que no consta inscrita, y además porque doña M. D. tiene otra filiación contradictoria legalmente determinada.

Previamente, hay que decir que el artículo 113.2 del Código Civil establece que «no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria». Lógicamente, se está refiriendo a aquellos supuestos en los que se produce una contradicción con una filiación paterna o materna ya reconocida previamente. En el presente supuesto, como señala la propia doña M. D. en la comparecencia, y acredita con el libro de familia, únicamente está determinada su filiación materna por lo que en ningún caso podrá haber contradicción respecto de la filiación paterna, ya que no existe ninguna filiación paterna legalmente determinada.

En primer lugar, se debe distinguir entre la determinación de la filiación y la prueba de la misma. Hay que partir de la idea de que una cosa es la prueba de la filiación a efectos de determinarla y otra la prueba de una filiación ya determinada. El primero es un medio para determinar la filiación y el segundo es un «título de legitimación» de la filiación que acredita que la legitimación ha sido legalmente determinada. El testamento del que resulta el reconocimiento es el medio para determinar la filiación y la inscripción en el Registro Civil es el título de legitimación por excelencia: facilita la prueba de la filiación y acredita que la filiación ha sido determinada; así, la presentación de la inscripción en un procedimiento o en la vida jurídica es acreditativo de que la filiación está probada y determinada. No obstante, caben acciones de impugnación de esta filiación así probada, bien por falsedad de la inscripción, bien por error en la determinación de la filiación inscrita o incluso cuando, habiendo sido la filiación correctamente determinada, no corresponde con la filiación biológica; y para reclamar la auténtica filiación se hace necesario el ejercicio previo de las acciones de impugnación de la inscrita. Para estos casos y para aquellos en que no hay inscripción de filiación, la ley establece otros medios de prueba que pueden o no ser títulos de legitimación.

En el supuesto de este expediente, doña M. D. tiene el medio de prueba para determinar la filiación, que resulta del testamento en el que se hace el reconocimiento; pero carece del título legitimador de la filiación paterna determinada, ya que no ha causado inscripción, lo que resulta además del auto del Juzgado en el que no alega ninguna filiación paterna determinada y además aduce que sus apellidos son los maternos. En otro caso, hubiere sido necesario impugnar la filiación legalmente determinada para posteriormente determinar la filiación paterna no matrimonial que resulta del reconocimiento.

En muchos párrafos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se distinguen estas dos concepciones y se confunden las dos versiones de la prueba, aunque la Ley de 13 de mayo de 1981 especificó claramente lo que es la determinación, por otra parte lo que es la inscripción en el Registro Civil -que es título de legitimación por excelencia-, y por otra, el documento producido por el proceso de determinación en su caso -que por su propia índole es susceptible de probar que la filiación ha sido determinada-. En este supuesto, la filiación se determina por el reconocimiento unido a otros requisitos necesarios para su inscripción en el Registro Civil. El testamento del que resulta el reconocimiento, es la prueba de partida para la determinación pero precisa de otros requisitos para la inscripción, y una vez haya causado inscripción en el Registro Civil, esa inscripción será la prueba de la filiación determinada y título legitimador de la misma frente a tercero.

Ocurre que entre los requisitos necesarios para la eficacia y por lo tanto la inscripción de la filiación determinada por el reconocimiento, está el consentimiento expreso o tácito del hijo mayor de edad que es reconocido (artículo 123) o el de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido en el caso de menores o incapacitados.

3. El artículo 123 del Código Civil dice que «el reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito», lo que ha servido de argumento para el recurrente y notario autorizante para sostener que no es efectiva la determinación de la filiación sino hasta ese consentimiento.

La cuestión es si el reconocimiento hecho en testamento surte sus efectos desde su otorgamiento o desde la muerte del testador o hay que esperar hasta la prestación de ese consentimiento.

En principio, aunque el reconocimiento se haya incorporado a un acto «mortis causa», no es por su esencia una disposición de esa naturaleza y la forma no puede modificar el fondo de la declaración que, por tanto, surte ciertos efectos desde el momento mismo del otorgamiento. El artículo 741 del Código Civil lo confirma, cuando establece que el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviese.

Así pues, como el reconocimiento subsiste aunque se revoque el testamento, debemos entender que el efecto de la muerte como «condictio facti» para la validez del testamento no funciona respecto del reconocimiento y, por tanto, su efecto es, desde el mismo momento del otorgamiento, lo que hace excepción con respecto a otras cláusulas del testamento. En este sentido, aunque ha desaparecido del Reglamento Notarial el antiguo artículo 254, por el cual los notarios venían obligados a remitir al Registro Civil testimonio del testamento en el que se realizaba un reconocimiento de filiación, no obstante, la nueva Ley de Registro Civil contiene el artículo 35, que hace las veces para todo tipo de documentos notariales en general: «Los Notarios, dentro de su ámbito de competencias, remitirán por medios electrónicos a la Oficina General del Registro Civil los documentos públicos que den lugar a asiento en el Registro Civil». De acuerdo con esto, la eficacia del reconocimiento es inmediata -que no de la filiación- y, por razón de ese control del notario y forma de anotación a través del testimonio notarial de ese reconocimiento -que no del resto de las disposiciones testamentarias, que son secretas-, sólo cabe en el testamento abierto, que es el único susceptible de esta actuación. En consecuencia, el reconocimiento testamentario producirá sus efectos de forma inmediata desde la fecha del otorgamiento y si es testamento abierto notarial, además accederá al Registro Civil en la forma establecida por el artículo 35 de la Ley de Registro Civil de 21 de julio de 2011. Pero no causará

inscripción de filiación determinada sino hasta que conste el consentimiento expreso o tácito del reconocido.

Ocurre en este expediente que la fecha del testamento ha sido anterior a la entrada en vigor de la Ley de Registro Civil, y de haberse producido la comunicación lo habrá sido por oficio del notario autorizante del testamento, lo que no consta en el expediente, por lo que debemos estar a las normas ahora vigentes.

Señala el recurrente que para la determinación de la filiación de doña M. D. es necesaria la tramitación del expediente previsto en el artículo 44 de la Ley de Registro Civil, lo que no es exacto porque lo que regula dicho artículo 44 es el expediente necesario para la inscripción de la filiación el Registro Civil, de manera que esta inscripción no tiene carácter constitutivo y constituye un simple medio de prueba de la filiación así determinada. Es el reconocimiento del padre, hecho en testamento y unido a otros requisitos, el acto constitutivo de la filiación, ya que dicho reconocimiento es el que crea el estado civil con efectos retroactivos al tiempo del nacimiento de la persona reconocida tal y como señala el artículo 112 del Código Civil. Otra cosa es que los efectos de la filiación estén en suspenso hasta que no se produzca el consentimiento del reconocido.

4. Así, el artículo 123 del Código Civil, subordina la eficacia del reconocimiento de un hijo mayor de edad a su consentimiento expreso o tácito. El sentido de este precepto es que para la determinación de la filiación que surge del reconocimiento, es preciso el consentimiento expreso o tácito del reconocido mayor de edad, y una vez determinada la filiación, realizar la inscripción y dar comienzo a los plazos para la impugnación en su caso, que recogen los artículos 137 y 140 del Código Civil.

El reconocimiento es el elemento desencadenante de una forma de determinación de la filiación pero no constituye el único elemento necesario. El reconocimiento tiene su soporte en un hecho biológico o natural, y constituye un medio de prueba para la filiación y tiene efectos jurídicos para la determinación, pero solo una vez determinada esta se producen los efectos jurídicos de la filiación, concretamente en este supuesto, la sucesión legítima.

Pues bien, para la eficacia de la filiación, es decir, para que haya sido determinada y así conste en el Registro Civil -no mera constancia de la comunicación del Notario sobre el reconocimiento-, se hace necesario, conforme el artículo 123 del Código Civil, el consentimiento expreso o tácito del hijo mayor de edad reconocido. En el mismo sentido dispone el artículo 187 del Reglamento de Registro Civil: «No se puede Inscribir el reconocimiento de un hijo mayor de edad sin su consentimiento expreso o tácito. La existencia de este último podrá comprobarse en expediente gubernativo». El fundamento de este consentimiento está en que el mayor de edad puede no desear establecer un vínculo sin el cual se le ha tenido durante años de niñez o de juventud, y de tratarse de un menor de edad, en su interés, que debe ser protegido. Pero además, el reconocimiento no solo concede derechos al hijo, sino que también le impone obligaciones y para asumirlas debe consentir.

En cuanto al consentimiento expreso, la escritura pública o la comparecencia ante el encargado del Registro Civil cubren muchas posibilidades, sin que se excluyan otras. Bastará probar que existió la prestación de consentimiento y se someterá a las reglas de la prueba.

La cuestión es, qué ha de entenderse por consentimiento tácito. No exige la ley que el consentimiento presuponga la existencia de posesión de estado, y bastará cualquier acto del hijo que sea suficientemente indicativo, por ejemplo la reclamación o la aceptación o incluso la renuncia de la herencia del reconocedor, o cualquier acto en el que el reconocido invoque la condición de hijo del reconocedor. Todo esto está sometido a las reglas de la prueba.

Así pues, no existe incompatibilidad entre el reconocimiento y el consentimiento exigido por el artículo 123 del Código Civil, de suerte que la eficacia determinante del reconocimiento se subordina al consentimiento del hijo mayor y capaz. Queda la posibilidad de que el autor de un reconocimiento no consentido o sus herederos, puedan ejercitar la acción de reclamación de filiación no matrimonial habiendo posesión de estado, conforme

el artículo 131 del Código Civil, o en caso de no haberla, solo el hijo no reconocedor conforme el artículo 133 del Código Civil.

5. Centrados en este expediente, en cuanto al procedimiento presentado para división de herencia y que dio lugar a un auto declarando que devino inadecuado el procedimiento, en el supuesto que nos ocupa, al documento presentado se acompañó un acta de comparecencia judicial en la que la hija reconocida, por un lado, no impugnó el reconocimiento efectuado y se limitó a decir que la demanda estuvo mal interpuesta, ya que la misma se dirigió contra «doña M. D. N. P.», siendo sus apellidos correctos «P. D.». Interpreta el notario autorizante que esto supone un rechazo de los apellidos paternos y por tanto de la filiación, pero ciertamente las acciones de impugnación tienen sus trámites y si hubiese querido hacerlo, podría haberlo hecho en dicho acto, y en lugar de eso admite expresamente que el causante es su progenitor -manifiesta quienes fueron sus padres y que ese matrimonio fue anulado-, y solicita que la demanda se interponga de forma correcta, lo que indica su interés en ser parte en el procedimiento de división de herencia. Por otro lado, conviene recordar que el reconocimiento no produce automáticamente el cambio de apellidos de la hija reconocida, sino que ese cambio no se producirá hasta la inscripción de la filiación en el Registro Civil (artículo 49 de la Ley de Registro Civil) advirtiendo la propia ley, que el hijo reconocido puede conservar los apellidos anteriores a la rectificación de la filiación (artículo 53 de la Ley de Registro Civil).

Finalmente, el juez dicta que no se justifica, mediante la correspondiente inscripción, la filiación en virtud de la cual doña M. D. N. P. sea hija del causante, ya que éste, con los apellidos con los que figura en la demanda, no existe y por tanto declara la nulidad de las actuaciones «ab initio» tal y como solicita doña M. D. en su comparecencia. Entiende el notario que ello implica una calificación del fondo de la resolución judicial, pero lo único que ha hecho la registradora es narrar en su nota de calificación lo que resulta del testimonio del auto incorporado a la escritura. Lo cierto es que el objeto del procedimiento no ha sido determinar si doña M. D. es o no hija del causante, sino otro. La resolución judicial en la que el recurrente y notario fundamentan sus escritos, es un auto dictado en un procedimiento de división de herencia en la que el juez, a instancia de la demandada, declara la nulidad de las actuaciones ya que la demanda ha sido dirigida contra una persona que, tal y como ha sido designada, no existe; porque, hasta que la filiación no se inscriba, doña M. D. no adquirirá los apellidos paternos. Pero esto en modo alguno puede interpretarse en el sentido de que la filiación de doña M. D. no pueda ser legalmente determinada, ya que el reconocimiento hecho por su padre en el testamento, mientras no sea impugnado, es válido, si bien su eficacia depende del consentimiento expreso o tácito de la reconocida.

En consecuencia, no ha sido aceptado expresamente el reconocimiento y solo de la apreciación de la prueba por los jueces resultará si lo hizo tácitamente «(...) manifiesta que el causante de la herencia J. A. N. F. contrajo matrimonio con Dña. C. P. D., ambos son progenitores de la compareciente (...)». Pero lo cierto es que el procedimiento no lo fue para determinar una filiación sino para la división de la herencia. Por lo tanto, queda a la reconocida la posibilidad de aceptar el reconocimiento e inscribir su filiación, y al recurrente, en el caso de filiación determinada, la impugnación de la misma.

Alega el recurrente que en el caso de inactividad por parte de la reconocida, se paralizaría de modo indefinido la partición. Pero hay que recordar que ha sido la propia demandada la que, en su comparecencia, solicita que la demanda sea interpuesta de forma correcta y se entablen las relaciones jurídico-procesales, en lo relativo a las partes, de forma legal, lo que es indicativo de que en ningún caso ha habido inacción por su parte y refleja su interés es intervenir en el procedimiento de partición una vez que la demanda se interponga con sus exigencias formales en cuanto a los apellidos de la demandada.

Por otra parte, cabe la posibilidad al recurrente, de iniciar una «interpellatio in iure» del artículo 1005 del Código Civil, de manera que la reconocida pueda, en caso de falta de interés, renunciar a la herencia de su reconocedor.

6. En el testamento del causante se han designado contadores-partidores con facultades para entrega de bienes y pago de la legítima en metálico. Estos no han

concurrido a la partición, pero en cualquier caso, tampoco lo han hecho anteriormente en el procedimiento iniciado para la división de la herencia, que de partir ellos hubiere sido innecesario. Por otra parte han transcurrido los plazos para el ejercicio de su cargo y aún más para el de pagar la legítima en metálico (artículo 844 del Código Civil), con lo que se debe proceder a partir la herencia conforme las disposiciones generales sobre la partición.

En consecuencia, estando abiertos y pendientes todos los derechos de filiación de doña M. D., no puede más que sostenerse su posición como legitimaria, sin que pueda practicarse la partición sin la concurrencia de la misma. Tampoco puede afirmarse que, por el simple hecho de haberla citado en el procedimiento judicial, sus derechos legitimarios hayan sido salvaguardados puesto que, como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo, al ser la naturaleza de la legítima «pars bonorum», la misma atribuye al legitimario derecho a una porción del haber hereditario que debe ser pagado con bienes del caudal, lo cual hace imprescindible su concurrencia en la partición de la herencia.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden 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 los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 17 de julio de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.