

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**7789** *Resolución de 12 de junio 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 San Sebastián n.º 6, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Fermín Lizarazu Aramayo, notario de San Sebastián, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de San Sebastián número 6, doña Amalia María de Lourdes Machimbarrena Irazusta, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el notario de San Sebastián, don Fermín Lizarazu Aramayo, de fecha 31 de enero de 2017, con número 433 de protocolo, don A. I. B. otorgó aceptación y adjudicación de la herencia causada por el óbito de su padre, don J. A. I. M. El causante, don J. A. I. M., falleció el día 3 de septiembre de 2016 en estado de divorciado y dejando tres hijos, llamados don A. I. B. y don N. y don J. M. I. L. Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento abierto otorgado en San Sebastián el día 7 de julio de 1994 ante el notario que lo fue de esa ciudad, don Aquiles Paternotte Suárez, con número 1.974 de su protocolo. En el citado testamento, otorgado cuando sólo vivía el hijo llamado como heredero, reza: «Instituye heredero a su citado hijo, Don A. I. B.», sin que se haya producido otra mención. Posteriormente, nacieron los otros dos hijos de otra relación, sin que se haya producido el otorgamiento de otro testamento.

##### II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de San Sebastián número 6 el día 15 de febrero de 2017 y fue objeto de la nota de calificación negativa que, a continuación, se transcribe: «Datos de identificación del documento calificado Naturaleza: Herencia Fecha: 31 de Enero de 2017 Autorizante: Don Fermín Lizarazu Aramayo Protocolo: 433 Antecedentes de Hecho 1. La referida escritura fue presentada en esta oficina el día 15 de Febrero de 2017, causando el asiento 970 del Diario 49º y el número de entrada 331/2017. 2. En dicha escritura, se hace constar que el causante don J. A. I. M. otorgó testamento abierto el 7 de Julio de 1994, ante el notario de San Sebastián Don Aquiles Paternotte Suárez, número 1947 de protocolo. 3. En dicho testamento, el causante manifestó que no tenía más herederos forzosos que su hijo Don A. I. B. a quién instituyó como heredero. 4. En la referida escritura de herencia, se hace constar que al momento de su fallecimiento, tenía dos hijos además del nombrado Don A. I., Don N. y Don J. M. I. L., no compareciendo éstos últimos a los efectos de aceptar la herencia de su difunto padre. Fundamentos jurídicos La voluntad del causante es la regla suprema de la sucesión; y las disposiciones testamentarias deben interpretarse, para averiguar su voluntad, atendiendo a la legislación vigente y al momento de su otorgamiento. 1.–Que la voluntad debe interpretarse atendiendo a la legislación vigente al tiempo de su otorgamiento, en este caso el Código civil, viene confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, SSTS de 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001, 19 de diciembre de 2006 o 31 de mayo de 2010. Este es también el criterio del R (UE) 650/2012, de 4 de julio, (art. 26, d) que entendemos aplicable al conflicto intertemporal, al existir identidad de razón, pese a que sus normas están dictadas para la resolución de conflictos de Derecho Internacional Privado y sucesiones transfronterizas. 2.–Que la voluntad del causante debe interpretarse

atendiendo al momento de su otorgamiento, resulta de SSTS, como las de 29 de enero de 1985 y 26 de abril de 1997, que afirman que la principal finalidad de la interpretación del testamento es investigar la voluntad real o al menos probable del testador, en sí misma, atendiendo incluso a circunstancias exteriores al testamento. Por tanto, a menos que haya base interpretativa suficiente en el testamento para entender lo contrario, la voluntad testamentaria a determinar será la existente en el momento de la perfección del testamento con arreglo a la ley y criterios de interpretación entonces vigentes, sin que como afirma la STS de 29 de diciembre de 1997, pueda acogerse el argumento de que el testador hubiera revocado o modificado el testamento de haber conocido determinados hechos posteriores. En el presente caso, en el que se da una superveniencia de hijos que no existían al tiempo de otorgarse el testamento, difícilmente es pensable que la intención del testador fuera la de desheredar a estos hijos sobrevenidos tras el otorgamiento. El error solo puede referirse a hechos pasados o presentes, de suerte que la aparición de herederos forzosos sobrevenidos constituye una alteración de las circunstancias y una imprevisión, a la vista de ese cambio, que da lugar a una falta de voluntad testamentaria. Este planteamiento conduce a la conclusión de que en el caso que nos ocupa no puede presumirse la voluntad de privar a los hijos sobrevenidos. Cabe afirmar, por otra parte, que el artículo 814 CC, al tratar de la preterición errónea, da unas soluciones o presunciones *iuris tantum*, que cederían ante la interpretación de la voluntad en contrario, según afirma la doctrina más autorizada. Por ello, este sería el sentido de la interpretación del testamento, incluso pese a la dicción literal del art. 48.4 de LDCV. Este es el sentido, también, del artículo 139 de la Compilación catalana, aunque, en este caso, la presunción es *iuris et de jure*. Por lo que, en consideración a los anteriores hechos y fundamentos jurídicos, no se practica la inscripción de la escritura calificada. Contra la presente calificación registral (...) San Sebastián, a 7 de marzo de 2017. La registradora Este documento ha sido Firmado digitalmente por doña Amalia Machimbarrena Irazusta con firma electrónica reconocida».

## III

Contra la anterior nota de calificación, don Fermín Lizarazu Aramayo, notario de San Sebastián, interpuso recurso el día 20 de marzo de 2017 en el que, en síntesis, alega lo siguiente: Primero.—Que no se trata de un problema de interpretación de testamento, sino de aplicación de la ley; Segundo.—Que el causante a su fallecimiento tenía vecindad civil vasca, y Que, según la legislación vasca, la preterición sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento, por lo que en la herencia del causante de este supuesto, el único heredero es el compareciente, que ha sido instituido tal condición de heredero, de manera que todos los demás posibles interesados están apartados de la herencia; Tercero.—Que por lo que se refiere al conflicto intertemporal, por remisión de la normativa del Código Civil Vasco, son de aplicación las disposiciones transitorias del Código Civil y, por lo tanto, fallecido el testador tras la entrada en vigor de la nueva ley, su sucesión se ajustará a lo dispuesto por ésta. Como consecuencia, siendo de aplicación el artículo 48 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, en su número 2 dice: «El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita»; Cuarto.—Que, en cuanto al conflicto interregional que se produce por un testamento otorgado por aforado a Derecho Común al tiempo del otorgamiento y aforado vasco al tiempo de la apertura de la sucesión, de conformidad con los artículos 9.8 y 16 del Código Civil, la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso a esta última, siendo que la del País Vasco recoge la posibilidad de elegir a uno solo de los legitimarios, como se ha designado a uno de ellos, debe entenderse cumplida la exigencia, y Quinto.—Que, en cuanto a la mención del artículo 814 del Código Civil, la designación de don A. I. B. como único heredero salva la legítima de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

## IV

Mediante escrito, de fecha 30 de marzo de 2017, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos la Exposición de Motivos, el artículo 814 y las disposiciones transitorias del Código Civil; la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; los artículos 9 y 48.4 y las disposiciones transitorias, en especial la séptima, de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1985, 26 de abril y 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001, 19 de diciembre de 2006 y 31 de mayo de 2010.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: por testamento otorgado en el año 1994 se instituye heredero universal al único hijo y legitimario que tenía entonces el causante; posteriormente, nacen otros dos hijos del testador, pero no se produce otorgamiento de ningún otro testamento; el testador fallece el día 3 de septiembre de 2016 con vecindad civil foral vasca y tras la entrada en vigor de la nueva legislación de Derecho Civil Vasco.

La registradora señala como defecto que se da una superveniencia de hijos que no existían al tiempo de otorgarse el testamento, por lo que difícilmente es pensable que la intención del testador fuera la de desheredar a estos hijos sobrevenidos tras el otorgamiento; que el error sólo puede referirse a hechos pasados o presentes, de suerte que la aparición de herederos forzosos sobrevenidos constituye una alteración de las circunstancias y una imprevisión lo que da lugar a una falta de voluntad testamentaria, por lo que este planteamiento conduce a la conclusión de que en este caso no puede presumirse la voluntad de privar a los hijos sobrevenidos; que el artículo 814 del Código Civil, al tratar de la preterición errónea, da unas soluciones o presunciones «iuris tantum», que cederían ante la interpretación de la voluntad en contrario, y por ello, éste sería el sentido de la interpretación del testamento; que la principal finalidad de la interpretación del testamento es investigar la voluntad real o al menos probable del testador, en sí misma, atendiendo incluso a circunstancias exteriores al testamento y, por tanto, a menos que haya base interpretativa suficiente en el testamento para entender lo contrario, la voluntad testamentaria a determinar será la existente en el momento de la perfección del testamento con arreglo a la ley y criterios de interpretación entonces vigentes; que no cabe el argumento de que el testador hubiera revocado o modificado el testamento de haber conocido determinados hechos posteriores.

El notario recurrente alega lo siguiente: que, en cuanto al conflicto intertemporal, por las normas aplicables, rige la nueva legislación del País Vasco; que, en cuanto al conflicto interregional, conforme la vecindad civil del causante al tiempo de apertura de la sucesión, el sistema de legítimas aplicable es el de la nueva legislación del País Vasco; que la designación de don A. I. B. como único heredero salva la legítima de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; que el testamento en cuestión no requiere ser interpretado, sólo ser ejecutado conforme a la nueva legislación del País Vasco.

2. Previamente, hay que resolver dos cuestiones que se plantean: un primer conflicto de derecho intertemporal que se plantea porque en una misma región de Derecho Foral coexisten en una materia el Código Civil y la legislación foral civil.

Y un segundo conflicto de derecho interregional consistente en que una misma persona ha ostentado en el transcurso del tiempo durante diferentes períodos de su vida dos vecindades civiles: común y vasca.

Para la resolución de ambas cuestiones hay que recordar en primer lugar el artículo 9 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, dice: «Normas de conflicto.

1. Corresponde al Parlamento Vasco la delimitación del ámbito territorial de vigencia de la ley civil vasca y, en su caso, las normas de resolución de conflictos internos de leyes, en cuanto subsista dentro del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco la pluralidad legislativa. 2. A falta de normas especiales, los conflictos de leyes a los que dé lugar la coexistencia de varios ordenamientos jurídicos se resolverán de acuerdo con las normas de carácter general dictadas por el Estado, atendiendo a la naturaleza de las respectivas instituciones».

En este sentido, el artículo 3 de la Ley 5/2015 dice: «El derecho supletorio. 1. En defecto de ley o de costumbre foral aplicable, regirá como supletorio el Código Civil y las demás disposiciones generales». Y la disposición transitoria primera de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco dice: «Conflictos intertemporales. Los conflictos intertemporales entre esta ley y las que deroga se resolverán aplicando las disposiciones transitorias preliminar, 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª y 12.ª del Código Civil».

Por lo tanto, debemos acudir al Código Civil para la solución de los dos conflictos indicados.

3. En cuanto al conflicto de derecho intertemporal, siendo aplicable el Código Civil este cuerpo legal hace alusión a los conflictos intertemporales respecto de las herencias en los siguientes preceptos: En la Exposición de Motivos del texto originario del Código Civil en la que recoge el espíritu: «Algo de excepcional ofrece también la regla 12ª, la cual, después de prescribir que los derechos a la herencia de los fallecidos, con testamento o sin él, antes de estar en vigor el Código, se rijan por la legislación anterior, y que la de los fallecidos después se reparta y adjudique con arreglo a aquél, dispone que se respeten las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía si de otro modo no se pudiese dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según la nueva ley. La legislación anterior no reconocía porción legítima a los cónyuges ni a los hijos naturales, como lo hace la vigente, ni permitía al padre disponer libremente del tercio de su haber. El que hizo testamento válido bajo el régimen de aquella legislación, no pudo disponer, teniendo hijos, más que del quinto de sus bienes, ni mejorar a cualquiera de aquéllos en más del tercio de éstos. Pero si murió después, rigiendo el Código, como por razón del tiempo en que ha ocurrido su muerte resultará aumentada la parte disponible del testador y reducida por tanto la legítima y acrecentadas en su caso las mejoras, el testamento habrá de cumplirse reduciendo o aumentando las porciones hereditarias si así fuere necesario, para que todos los partícipes forzosos en la herencia, según el nuevo derecho, reciban lo que les corresponda conforme al mismo».

Así, en ese sentido, la disposición transitoria duodécima de dicho Código Civil dice: «Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código, pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados: pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código».

Por último, la disposición transitoria octava de la Ley de 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modificaron varios artículos del Código Civil, entre ellos el 814, dice que: «Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación».

De todo esto se deduce que tanto en la redacción originaria como en las modificaciones del Código Civil, rige el principio de que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor una ley se rigen por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación y que en consecuencia el sistema de legítimas aplicable será el correspondiente a la nueva legislación pero siempre respetando en la medida de lo posible las disposiciones testamentarias que son la esencia que rige la sucesión, esto es, el imperio de la voluntad del causante.

Referidos a la sucesión objeto de este expediente, recoge el número 4 del artículo 48 de la Ley de Derecho Civil Vasco, que: «La preterición, sea o no intencional, de un

descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamento». Por otro lado, el número 2 del artículo 48 del mismo texto legal, establece que: «El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita».

Así pues, siendo que en la presente sucesión queda un heredero que es hijo y que absorbe la legítima de todos los descendientes, preteridos o no, y siendo además de aplicación el artículo 48 de la Ley 5/2015 en su número 2, con la literal y rigurosa aplicación de las normas, nada pueden reclamar los otros hijos habidos por el causante, aun cuando eran absolutamente desconocidos por el testador al tiempo del otorgamiento de su testamento.

4. En cuanto a la segunda de las cuestiones previas se refiere, como ya se ha dicho también subyace en esta herencia un conflicto de derecho interregional: el testamento está otorgado bajo la normativa del Código Civil por un testador que en el momento de su otorgamiento tenía vecindad civil común pero que en el momento de su fallecimiento, por modificación de la ley, tiene vecindad civil foral vasca.

De nuevo, por envío de la norma vasca tenemos que remitirnos al Código Civil como derecho supletorio, cuyo artículo 16 dice: «1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: (...)», y dentro del citado capítulo IV el artículo 9.8 recoge lo siguiente: «La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso a esta Última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes».

De lo cual resulta que aplicado dicho artículo a los conflictos de Derecho interregional, la sucesión se rige por la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento, que ha sido la vasca, si bien el testamento otorgado bajo la vigencia de la vecindad civil común es válido pero las legítimas se ajustan a la vecindad civil vasca que es la que rige la sucesión. De ahí que sea aplicable como se ha dicho antes el artículo 48 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, que en su número 2 dice: «El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita».

Por lo tanto, en este caso se ha respetado la legítima de los descendientes regulada en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y se llega a la misma conclusión: hay un hijo que en su condición de heredero absorbe la legítima de todos los descendientes.

5. Centrados en el concreto supuesto de este expediente, se observa la normativa en cuanto al respeto de la legítima de los descendientes regulada en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, ya que la legítima se salva en la persona de su hijo nombrado heredero.

No se trata de un problema de interpretación de un testamento sino de aplicación de la Ley.

A este respecto, la evolución del Derecho Foral de Vizcaya, antecedente indiscutido en la regulación actual del Derecho Civil Vasco, ha sido clara: la Compilación de 30 de julio de 1959 admitía el apartamento expreso o tácito, pero exigía que constara claramente la voluntad del testador de apartar de su herencia a descendientes (artículo 23). Posteriormente, la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, mantuvo la misma doctrina y reguló los efectos de la preterición no intencional, dando derecho al preterido a «una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido» (artículo 54). Y la Ley 5/2015, de 25 de junio, actualmente vigente es clara; no exige que conste la voluntad expresa de apartar, y equipara al apartamento la preterición, intencional

o no. La línea evolutiva del Derecho Foral en el País vasco ha sido constante desde los lejanos tiempos anteriores a la Compilación en que, para salvar la «legítima formal» de los apartados, se utilizaba la fórmula notarial de asignarles a los mismos «un real de vellón, un palmo de tierra y una teja».

El causante ostentaba vecindad civil foral vasca al tiempo de su fallecimiento, lo que no se discute en la calificación, pues así lo determina la disposición transitoria séptima de la Ley 5/2015, de 25 de junio, según la cual, la vecindad civil foral vasca se entenderá automáticamente adquirida por todos los vecinos de la Comunidad Autónoma del País Vasco desde la entrada en vigor de esta ley por lo que la sucesión se regulará conforme a la legislación civil foral vasca.

En consecuencia, es plenamente aplicable el artículo 48 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, que en su número 4 dice: «La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento». De ahí que en la sucesión del causante solamente es heredero su hijo llamado en el testamento, ya que sus otros dos hijos al haber sido preteridos se consideran, conforme a la aplicación estricta del artículo 48, apartados de la referida herencia.

Además, en cuanto a la aplicación del artículo 814 del Código Civil como posible fuente de solución del supuesto de este expediente, efectivamente lo resuelve cuando en su último párrafo dice: «A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador». Siendo que han sido salvadas las legítimas con el apartamiento legal del artículo 48 de la Ley 5/2015, debe imperar la voluntad manifestada por el testador en su último testamento.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar 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, 12 de junio de 2017.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.