

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12725 *Resolución de 2 de agosto de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Betanzos, por la que se deniega la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones de liquidación de sociedad de gananciales y de adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña María Mercedes Bermejo Pumar, notaria de A Coruña, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Betanzos, don Jesús Fernández Brea, por la que se deniega la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones de liquidación de sociedad de gananciales y de adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por la notaria de A Coruña, doña María Mercedes Bermejo Pumar, de fecha 17 de abril de 2018, se otorgaron por el contador-partidor, don R. E. M. C. y la viuda, doña G. M. M., las operaciones particionales ocasionadas por el fallecimiento de don J. R. R. D., ocurrido el 23 de noviembre de 2007.

Ocurrió su óbito bajo su último testamento autorizado por el notario de A Coruña, don Fernando Alba Puente el 21 de octubre de 1999. En el citado testamento, expone «haber estado casado en primeras nupcias con doña M. A. C. S. de cuyo matrimonio tuvo dos hijas llamadas M. J. y S., y estarlo actualmente con doña G. M. M., sin sucesión». Como únicas disposiciones legó a su esposa el usufructo universal de viudedad, e «instituye herederas: de una sexta parte de la herencia a su hija S.; de cinco sextas partes de la herencia a su hija M. J., ambas con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes».

Con posterioridad, en el año 2003, el causante y su esposa adoptaron un hijo llamado don L. R. M. y el citado testador fallece en el 23 de noviembre de 2007 sin haber cambiado el testamento del año 1999.

A instancias de la viuda, ante la misma notaria autorizante de la escritura referida, el 28 de diciembre de 2007, se abrió acta de declaración de herederos abintestato a la vista de la preterición que se calificó por la notario como no intencional, y se declaró a los tres hijos como herederos por partes iguales respetando el usufructo universal de la viuda de conformidad con la Ley de Derecho civil de Galicia.

Mediante acta de aceptación de herencias y acta de notificación y sorteo de los artículos 295 y siguientes de la Ley 2/2006 de derecho civil de Galicia, con fecha 15 de diciembre de 2015, se procedió a la apertura del expediente de nombramiento de contador partidor en los términos de los citados artículos, del que resultó designado contador-partidor don R. M. C., que ha sido quien junto con la viuda ha otorgado la escritura de 17 de abril de 2018.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad Betanzos el día 3 de mayo de 2018, y fue objeto de calificación negativa de 7 de junio de 2018 que, a continuación, se transcribe en lo pertinente:

«Hechos

1) Se ha presentado en este Registro de la Propiedad, el 3 de mayo pasado bajo el número 1155 del Diario 122, escritura pública de protocolización de operaciones de liquidación de gananciales y de adjudicación de herencia de fecha 17/04/2018, autorizada por la Notario de A Coruña doña María Mercedes Bermejo Pumar, aportándose el día 5 de los corrientes escritura de 15/12/2015, autorizada por la misma Notario, de aceptación de herencias y acta de notificación y sorteo artículos 295 y ss, de la Ley 282006 de Derecho Civil de Galicia.

2) La escritura de liquidación de gananciales y de adjudicación de herencia es otorgada por doña G. M. M., como cónyuge supérstite en la sucesión de don J. R. R. D., y don R. E. M. C. en condición de contador partidor designando en el procedimiento regulado en los artículos 295 y siguientes de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

3) El procedimiento particional referido consta en la citada escritura de 15 de diciembre de 2015 de aceptación de herencias y acta de notificación y sorteo del artículo 295 y ss de la Ley 282006 de Derecho Civil de Galicia. En esta escritura/acta la Notario autorizante expone que por apreciar una preterición no intencional en el testamento otorgado ante el Notario de A Coruña don Fernando Alba Puente el 21/10/1999, por el causante don J. R. R. D., al no figurar mencionado el hijo adoptivo don L. R. M., se instó ante ella acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato el 28/12/2007, con el resultado que en la misma consta.

4) Por tanto, la escritura de liquidación de gananciales y partición hereditaria objeto de calificación se basa en un título sucesorio irregularmente creado, ya que no corresponde a la Notario decretar la nulidad de una institución de heredero contenida en un disposición testamentaria en base a una presunta preterición, ni mucho menos calificar la naturaleza de la misma, con las evidentes consecuencias que tal calificación conlleva. Solo la autoridad judicial en un procedimiento contradictorio puede, después de la debida controversia entre las partes, decretar la nulidad de una disposición testamentaria.

Fundamentos de Derecho

Artículo 24 de la Constitución española, que excluye la indefensión, en esta caso de las dos hijas consanguíneas. Artículo 814 del Código civil y 259 de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia.

Visto el precepto citado, el Registrador que suscribe acuerda denegar la inscripción solicitada.

Contra esta calificación (...)

III

No se solicitó calificación sustitutoria.

IV

El día 14 de junio de 2018, doña María Mercedes Bermejo Pumar, notaria de A Coruña, interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente:

Primero.

Que la cuestión que se plantea por la calificación es la competencia del notario para apreciar la existencia de la preterición no intencional del supuesto, que es la que da lugar a la invalidez de la disposición que causa la apertura de la sucesión intestada. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 2015 considera aplicable la actuación del notario ante quien se tramita solicitud de declaración de herederos abintestato tanto bajo la regulación antigua (artículo 209 Reglamento Notarial) como con la nueva (artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado). Además, el artículo 22 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, establece que «la calificación de los Registradores se limitará respecto de los expedientes de Jurisdicción Voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, a la competencia del Juez o Secretario Judicial, a la congruencia del mandato con el expediente que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro». Lo que también es aplicable a los expedientes ante el notario, por tener la misma naturaleza la actuación del notario y la del juez en los expedientes de declaración de herederos abintestato.

Segundo.

Que la nulidad del testamento o de la institución de herederos tiene lugar «ex ipsa re» en aquellos supuestos en los que no cabe otra calificación que la de no intencional, y siendo que el hijo no existía al tiempo del otorgamiento, momento al que ha de referirse la interpretación del testamento (Sentencias del Tribunal Supremo 1 de julio de 1969, 9 de julio de 2002, 22 de junio de 2006 y 31 de mayo de 2010), el efecto es la nulidad de la institución de heredero.

Tercero.

El reconocimiento de la validez de la declaración de herederos abintestato sin previa declaración judicial, cuando la nulidad tiene lugar por la preterición no intencional que es obvia, está recogida en el artículo 56 de la Ley del Notariado y también por el artículo 209 bis del Reglamento Notarial. Tampoco exige declaración judicial el artículo 259 de la Ley de derecho civil de Galicia.

En este supuesto, se trata de un llamamiento legal del hijo omitido, que si bien era menor de edad cuando se instó el acta de declaración de herederos abintestato, posteriormente, siendo ya mayor de edad, aceptó la herencia con arreglo al título sucesorio, e instó el procedimiento de los artículos 295 a 308 de la Ley de derecho civil de Galicia.

Cuarto.

Que la Resolución de 11 de marzo de 2003, niega competencia al registrador de la Propiedad sobre el juicio del notario en las actas de declaración de herederos abintestato.

Que una vez declarados quienes son los herederos abintestato, la determinación de las cuotas en que lo son no queda a juicio del notario sino que las determina la Ley. La determinación de las cuotas de participación en el relicto de los hijos del causante, resulta ser por partes iguales, cualquiera que sea la proporción en la institución. El fundamento de esta solución está en que la Ley prevé para el caso de preterición una norma legal que suple la norma voluntaria y no tiene lugar una presunción de voluntad que supla voluntad. En caso de preterición (falta de norma voluntaria) se aplica la norma

de la preterición y no la regla de la interpretación de la voluntad (artículo 675), como ha reiterado el Tribunal Supremo.

Resumiendo, que no es de apreciación subjetiva del notario, ni tampoco del juez, la determinación de la cuota que corresponde a cada partícipe en la sucesión en el caso de preterición. Tampoco está inexistencia es fundamento para excluir la competencia del notario.

Quinto.

En el supuesto que nos ocupa concurre el cumplimiento de todas las exigencias legales:

– Sobreviene la existencia de un hijo (2003) en fecha posterior el otorgamiento del testamento (1999). Se acredita todo como anexo al escrito de recurso.

– La preterición es no intencional cuando el hijo no existe al tiempo de testar. Lo ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 30 de enero de 1995 y 23 de enero de 2001.

– En el caso de preterición del hijo que no existía al tiempo de otorgar el testamento, no es necesaria la previa declaración judicial. Aunque el criterio de inicios de siglo XX era otro, este principio cambió respecto de lo notorio que, por serlo, no necesita prueba. Si la intención es imposible al tiempo de otorgar testamento, y esto es notorio, no hay intencionalidad. En este caso no se necesita más que acreditar un hecho, del que la nulidad resulta «ex re ipsa». Así lo determinó la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1997 en la que se solicitaba la nulidad de un expediente de declaración de herederos abintestato por falta de la obtención de la declaración de nulidad previa del testamento otorgado por el causante, decidiendo el Alto Tribunal que no era necesaria un pronunciamiento expreso previo de la nulidad del testamento declarando la validez del auto.

Sexto.

En cuanto a la pretendida defensa irrenunciable del preterido, hay que decir que fue tenida en cuenta. Así, instó el acta la madre del preterido cuando era menor de edad y aceptó él la herencia siendo mayor de edad, así como el procedimiento de los artículos 295 a 308 de la Ley de derecho civil de Galicia, con lo que se cumplen los requisitos de medios de defensa de su derecho.

Séptimo.

En cuanto a la alegación en contra de que se no tenga por necesaria la previa declaración judicial de preterición no intencional porque confiere facultades desmesuradas al notario, hay que decir que la apreciación de la nulidad por el notario viene determinada por la ley, los criterios de doctrina legal de interpretación de testamentos, y que este resultado de la invalidez no es consecuencia de un juicio del notario sino de la ley por la existencia de los hechos acreditados como irrefutables por documento público indubitadamente. Como ha dicho la doctrina (Miquel) «se trata de una nulidad ipso iure, apreciable de oficio por jueces y funcionarios dentro de su respectiva competencia. Así el notario podrá declarar herederos abintestato a los hijos preteridos no intencionalmente sin que estos obtengan una sentencia que anule las disposiciones patrimoniales porque ya son nulas».

Octavo.

En cuanto a la lesión alegada en virtud del artículo 24 de la Constitución, no tiene fundamento. Ninguno de los interesados en la sucesión se ve privado de la tutela judicial efectiva en ninguna de sus proyecciones por el hecho de que el notario tramite un

procedimiento que no limita ninguna instancia judicial, pues que al igual que el seguido ante el juez, el perjudicado puede utilizar la vía judicial que corresponda.

Noveno.

Que una cosa es la partición para la que es necesario el consentimiento de todos cuando se transa sobre las cuotas que no estén determinadas en el título sucesorio, y otra es la competencia del notario a la hora de tramitar el expediente de declaración de herederos abintestato para el que no se necesita el consentimiento de todos los que de acuerdo con la ley deban ser declarados herederos. El juicio de notoriedad está fundado en hechos relevantes acreditados, e incluso conforme el artículo 56 de la Ley del Notariado podría basarse en presunciones.

En este supuesto se ha producido una partición regulada en los 295 a 308 de la Ley de derecho civil de Galicia por mayoría de herederos. Los efectos de esta partición son los mismos que la realizada por un contador y en el procedimiento fueron notificados todos los partícipes y no hubo lugar a la paralización de los trámites en los términos y plazos marcados por la ley. En la liquidación se tuvo en cuenta al omitido y a los beneficiados en el testamento, herederos legales con el omitido.

V

Mediante escrito con fecha de 18 de junio, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el mismo día).

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución; 814, 931 y 932 del Código Civil; 55 y 56 de la Ley del Notariado; 22 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 267, 259 y 295 a 398 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; 209 y 209 bis del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1969, 30 enero de 1995, 14 de octubre de 1997, 23 de enero de 2001, 9 de julio de 2002, 22 de junio de 2006 y 31 de mayo de 2010, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de mayo de 1931, 10 de mayo de 1950, 14 de agosto de 1959, 4 de mayo de 1999, 11 de marzo de 2003 y 16 de noviembre de 2015.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de protocolización de operaciones de liquidación de sociedad de gananciales y de adjudicación de herencia, en el que son hechos relevantes:

– En el testamento del causante, hecho en época en la que estaba casado en segundas nupcias y con dos hijas de anterior matrimonio -año 1999-, legó a su esposa el usufructo universal de viudedad y realizó la siguiente disposición: «instituye herederas: de una sexta parte de la herencia a su hija S.; de cinco sextas partes de la herencia a su hija M. J., ambas con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes».

– Posteriormente, en el año 2003, junto con su esposa, adoptan un hijo, y no modifica el testamento de 1999.

– Fallece el testador en el año 2007.

– A instancia de la viuda, el 28 de diciembre de 2007, se abrió acta de declaración de herederos abintestato a la vista de la preterición que se calificó por la notario como no intencional, y se declaró a los tres hijos como herederos por partes iguales respetando el usufructo universal de la viuda de conformidad con la Ley de derecho civil de Galicia.

– Mediante acta de aceptación de herencias y acta de notificación y sorteo de los artículos 295 y siguientes de la Ley 2/2006 de derecho civil de Galicia, con fecha 15 de diciembre de 2015, se procedió a la apertura del expediente de nombramiento de

contador partidor en los términos de los citados artículos, del que resultó designado contador partidor, que ha sido quien junto con la viuda ha otorgado la escritura objeto de este expediente.

El Registrador señala como defecto que la escritura se basa en un título sucesorio irregularmente creado, ya que no corresponde a la notaría decretar la nulidad de una institución de heredero contenida en una disposición testamentaria en base a una presunta preterición, ni calificar la naturaleza de la misma y que solo la autoridad judicial en un procedimiento contradictorio puede, después de la debida controversia entre las partes, decretar la nulidad de una disposición testamentaria.

La Notaría recurrente alega que la actuación del Notario en los expedientes de jurisdicción voluntaria en general y en el de declaración de herederos abintestato en especial, tiene la misma naturaleza que la del juez; que la nulidad del testamento o de la institución de herederos en los supuestos en los que es no intencional, se producen «ex ipsa re»; que es válida la declaración de herederos abintestato sin previa declaración judicial, cuando la nulidad tiene lugar por la preterición no intencional; que el registrador de la Propiedad carece de competencia sobre el juicio del notario en las actas de declaración de herederos abintestato; que una vez declarados quienes son los herederos abintestato, la determinación de las cuotas en que lo son no queda a juicio del notario sino que las determina la Ley, y en este supuesto, son herederos por partes iguales; que el notario podrá declarar herederos abintestato a los hijos preteridos no intencionalmente sin que estos obtengan una sentencia que anule las disposiciones patrimoniales porque ya son nulas; que ninguno de los interesados en la sucesión se ve privado de la tutela judicial efectiva en ninguna de sus proyecciones por el hecho de que el notario tramite un procedimiento, pues que al igual que el seguido ante el juez, el perjudicado puede utilizar la vía judicial que corresponda; que una cosa es la partición para la que es necesario el consentimiento de todos cuando se transa sobre las cuotas que no estén determinadas en el título sucesorio, y otra es la competencia del notario a la hora de tramitar el expediente de declaración de herederos abintestato para el que no se necesita el consentimiento de todos los que de acuerdo con la Ley deban ser declarados herederos.

2. En primer lugar, en relación con el ámbito de las facultades del registrador para calificar el acta de declaración de herederos abintestato, cuestionadas por la recurrente, hay que recordar conforme a reiteradísima doctrina de este Centro Directivo que el registrador puede y debe calificar las posibles discordancias entre la declaración de herederos realizada en el acta notarial y lo que resulte del correspondiente llamamiento legal, así como la no acreditación de los presupuestos legales para la apertura de la sucesión intestada. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1964 «la declaración judicial de herederos abintestato no es más que algo individualizador de un llamamiento hereditario operado por virtualidad de una norma legal, carente de eficacia jurídico-material y meramente limitado a justificar formalmente una titularidad sucesoria preexistente «ope legis». De tal manera que todo aquello que las separe de esta finalidad resultará incongruente con esta clase de procedimientos y podrá ser calificado por el registrador. Así lo entendieron ya la Resolución de esta Dirección General de 5 de diciembre de 1945, el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 1993 y la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña de 11 de julio de 2007».

Así lo han reiterado también las Resoluciones de este Centro Directivo de 12 de noviembre de 2011, 12 de junio de 2012, y las más recientes de 12 y 16 de noviembre de 2015. Como aclaraba la primera de estas Resoluciones «5. No se olvide, como se ha dicho, que la declaración de herederos abintestato no produce excepción de cosa juzgada en juicio declarativo y que los herederos legales de doña F. A. A. no han sido citados en el procedimiento de jurisdicción voluntaria de declaración de herederos. En efecto, en el caso que nos ocupa, del relato fáctico de la resolución, como se ha indicado, resulta de modo inequívoco que corresponde la condición de heredero de doña F. A. A. a su cónyuge y no a sus hermanos, por lo que la resolución es incongruente con

el procedimiento en el que se ha dictado y la calificación del registrador debe ser confirmada. Además, tratándose de un llamamiento legal, y pudiendo el registrador conocer quienes son los herederos abintestato del causante, a la incongruencia de la resolución se añaden los obstáculos que surgen del Registro, al otorgarse la escritura de partición por quienes no son los herederos del causante afectando a la validez del propio negocio jurídico particional (cfr. artículos 14 y 20 de la Ley Hipotecaria, y 80 del Reglamento Hipotecario). Sostener lo contrario supondría admitir el carácter constitutivo del auto dictado, al atribuir la condición de herederos a quienes no han sido llamados por la ley, prescindiendo de los verdaderos herederos y sin que los mismos hayan podido intervenir en el procedimiento en el que la resolución se ha dictado».

Obviamente siendo ello así en relación con un auto judicial de declaración de herederos abintestato, dictado en el juicio correspondiente (supuesto al que se refería la Resolución transcrita), con no menor fundamento ha de aplicarse tal doctrina en relación con las actas notariales de declaración de herederos abintestato.

Así lo confirma la reciente Resolución de 20 de diciembre de 2017 que en alusión a las Resoluciones de 12 y 16 de diciembre de 2015 afirma que «en los supuestos de estas dos Resoluciones, la respectiva acta de cierre de la declaración de herederos abintestato presentada incorporaba todos los datos necesarios para la calificación e inscripción relativos a la apertura de la sucesión, los particulares de la prueba practicada en que se apoya la declaración de notoriedad, la competencia del notario, fecha de nacimiento y de fallecimiento del causante, la ley reguladora de la sucesión, estado civil y cónyuge, número e identificación de los hijos, último domicilio del causante, con expresión de los parientes concretos que gozan de la preferencia legal de órdenes y grados de sucesión con la específica y nominativa declaración de herederos abintestato, siendo congruente el acta respecto del grupo de parientes declarados herederos por lo que este Centro Directivo concluyó que no podía exigirse que se aportara, además, el acta previa en que se documentó el inicial requerimiento al notario autorizante (Resolución de 12 de noviembre de 2015) ni el certificado de defunción y el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, pues el notario manifiesta que dichos certificados se encuentran incorporados al acta, constatando de este modo un hecho que queda amparada por la fe pública notarial -cfr. artículos 1 y 17 bis de la Ley del Notariado y 1 y 143 de su Reglamento- (Resolución de 16 de noviembre de 2015)», confirmando así la línea doctrinal consolidada de este Centro Directivo conforme a la cual tanto en las antiguas resoluciones judiciales como en las actas de declaración de herederos abintestato el registrador debe contar para su calificación e inscripción con todos los particulares necesarios para ésta, «incluyendo todos los que permitan alcanzar el corolario de la determinación individualizada de los llamamientos hereditarios operados por la ley».

3. En cuanto al fondo de la cuestión planteada en el presente recurso, guarda gran similitud con la que dio lugar a la Resolución de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2001, cuya doctrina resulta plenamente aplicable al presente caso. En efecto, dicha Resolución ya se planteó el tema de la necesidad o no, a efectos registrales, de una declaración judicial previa de nulidad del testamento, o de la institución de herederos ordenada en el mismo, por causa de preterición de alguno de los herederos forzosos (en aquel caso de todos ellos) y para la determinación del carácter de la preterición como errónea o intencional.

El criterio de este Centro Directivo en la citada Resolución fue favorable a la necesidad de dicha declaración judicial previa en base a los siguientes argumentos que ahora procede reiterar: «3. La cuestión por decidir es, por tanto, si en el caso en que el único testamento del causante hubiere sido otorgado antes del nacimiento de todos sus hijos y descendientes, puede considerarse que éste queda automáticamente ineficaz en cuanto a su contenido patrimonial, sin necesidad de declaración judicial en tal sentido, de modo que el acta notarial de declaración de herederos pasará a ser el único título que ha de considerarse al tiempo de la partición hereditaria o si, por el contrario, se precisará la previa declaración judicial de ineficacia del contenido patrimonial del testamento

existente. La primera consideración a tener en cuenta, es que el Código Civil prevé, para el caso de preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, la «anulación» de las disposiciones patrimoniales testamentarias, y este término -con independencia de las dificultades de trasponer al ámbito testamentario, los conceptos de nulidad y anulabilidad acuñados por la doctrina para el ámbito contractual- apunta claramente a la necesidad de impugnación del testamento que incurra en tal defecto, si se quiere dejar sin efecto, lo cual, armoniza perfectamente con la evolución institucional favorable a la absorción del *ius discendi nullum* por la querella *inofficiosi testamenti*. En segundo lugar, habrá de observarse que el artículo 814 del Código Civil, al declarar la anulación de todo el contenido patrimonial del testamento que incide en preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, no hace distinción de supuestos, de modo que el significado que se atribuya al término anulación deberá aplicarse a todos, y es evidente que para muchos de ellos resulta incuestionable que la ineficacia de ese contenido patrimonial del testamento precisará, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso incoado por el preterido, proclame la no intencionalidad. En tercer lugar, el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. art. 24 de la Constitución Española), en conjunción con el valor de Ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. art. 658 del Código Civil), más parece avalar la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurre en caducidad ni en vicios sustanciales de forma, que la solución contraria. En el mismo sentido militan: a) la excepcionalidad de los efectos de la preterición no intencional de hijos y descendientes, frente a la regla general que concreta los efectos de la preterición a la salvaguarda de la legítima; b) el propio inciso final del artículo 814 del Código Civil, que, en armonía con el 658 del mismo texto, dispone que sin perjuicio de legítimas, lo ordenado por el testador debe quedar a salvo en todo caso; c) la indudable posibilidad de renuncia a la acción de preterición por el perjudicado, o la posibilidad de éste de alcanzar un acuerdo transaccional con los favorecidos por tal testamento que permita sostener su eficacia. 4. Frente a las consideraciones anteriores podría argumentarse que en determinadas hipótesis extremas de preterición no intencional de todos los hijos o descendientes (por ej.: la postumidad del único hijo del testador), la necesidad de una declaración judicial previa para privar de efectos a las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, resultará una solución excesiva por sus costes, dilaciones y multiplicación de tramites en la ordenación del fenómeno sucesorio. Mas con ser ello cierto, habrá de reconocerse lo dudoso que resultaría el prescindir en tales casos de la pertinente declaración judicial para ignorar el contenido patrimonial inherente a ese testamento, pues ello sería tanto como aproximar el tratamiento de tales supuestos al de caducidad de esas disposiciones testamentarias, lo cual sobre carecer de justificación legal, a la vista de cuanto se ha señalado, conculcaría el claro mandato contenido en el artículo 743 del Código Civil y sin que quepa alegar, para evitar esta objeción, que se trataría de una simple nulidad de pleno derecho, pues ni el término anulación del art. 814 del Código Civil se compadece con la nulidad radical o con la inversión de la carga de la iniciativa procesal que comporta, ni esta figura encajaría en los supuestos debatidos, en los que no hay inobservancia de requisitos formales esenciales (cfr. art. 687 del Código Civil), ni vulneración de preceptos prohibitivos o imperativos (cfr. art. 6 del Código Civil)».

En base a todo lo anterior, la Resolución de 13 de septiembre de 2001 concluía que: «Por todo lo expuesto habrá de concluirse que en el caso debatido, no podrá prescindirse, sin consentimiento de los beneficiarios, o sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento cuestionado a la hora de formular la partición, y ello sin necesidad de prejuzgar ahora si en el pleito consiguiente la carga probatoria corresponde a la que alega la intencionalidad de la preterición, o, dada la significación de la no revocación del testamento, al que pretenda su ineficacia».

Esta doctrina y la conclusión a que conduce se confirma en el presente caso a la vista de la regulación contenida en el artículo 259 de la Ley de derecho civil de Galicia sobre los efectos de la preterición no intencional, conforme a la cual «la preterición no

intencional de un legitimario descendiente faculta a la persona preterida para obtener la declaración de nulidad de la institución de heredero hecha en testamento». Es decir, la Ley faculta al preterido a instar la declaración de nulidad, sin imponer un efecto de nulidad ipso iure, automático y por ministerio de la Ley. Es necesario que el perjudicado por la preterición (en este caso el hijo adoptivo) inste judicialmente la declaración de nulidad de la institución de heredero hecha en el testamento. Obsérvese que aquí nada de ello ha sucedido: el hijo adoptivo no ha instado nada, ni la declaración judicial de nulidad, ni siquiera la autorización del acta de declaración de herederos.

Coincide así el planteamiento que resulta de la clara literalidad del citado artículo 259 de la Ley de derecho civil de Galicia con la doctrina transcrita de la Resolución de 13 de septiembre de 2001, en la que, además, en línea con lo que acaba de señalarse, se incluyó en su fundamentación de apoyo el argumento de «la indudable posibilidad de renuncia a la acción de preterición por el perjudicado, o la posibilidad de éste de alcanzar un acuerdo transaccional con los favorecidos por tal testamento que permita sostener su eficacia».

Por tanto, el mero hecho de que la preterición de un hijo nacido (o adoptado) con posterioridad al otorgamiento del testamento pueda presumirse como preterición no intencional no genera como efecto inmediato, automático y «ex lege» el de la nulidad de la institución de herederos. En el presente caso hay que destacar, además, el hecho de que la institución de las herederas instituidas lo era en partes desiguales (una sexta parte de la herencia respecto de una hija, y cinco sextas partes respecto de la otra hija), por lo que la nulidad pretendida no genera sólo un efecto «corrector» del testamento en la medida necesaria para evitar la omisión del hijo preterido, sino también una igualación de las porciones hereditarias entre las dos hijas naturales (en contra de la voluntad expresa del testador que realizó dicha institución desigual de forma plenamente intencional).

En definitiva, en el supuesto concreto de este expediente, como resulta de los antecedentes de hecho antes referidos, no se ha producido una previa declaración judicial de nulidad de la institución de herederos, sino que prescindiendo de la misma la notaria, considerando que concurre en dicha institución causa de nulidad «ope legis», sustancia directamente el procedimiento de declaración de herederos abintestato, por lo que en aplicación de la doctrina señalada ha de confirmarse la calificación impugnada.

4. La conclusión anterior no puede alterarse por consecuencia de la doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de mayo de 1931, 10 de mayo de 1950, 14 de agosto de 1959) con arreglo a la cual se admite la validez de la partición o de la transacción por los herederos sin necesidad de la previa declaración de nulidad de la institución en el caso de preterición. Así, la Resolución de 4 de mayo de 1999, consideró innecesaria la impugnación y la previa declaración de herederos abintestato, para la validez de una partición efectuada por la viuda y el hijo que había sido omitido en el testamento otorgado antes de que naciese.

Y ello por cuanto ni esta doctrina resulta aplicable al presente caso, por falta de acuerdo expreso entre todos los herederos (instituidos y preteridos), ni la misma favorece la tesis de la recurrente, pues para prescindir de la correspondiente acción judicial de nulidad exige dicho convenio entre los interesados, inexistente en este caso.

Así afirma la citada Resolución de 4 de mayo de 1999 que: «2. Ciertamente es doctrina reiterada tanto del Tribunal Supremo como de esta Dirección General (vid. sentencias de 27 de mayo de 1909, 7 de noviembre de 1935; Resoluciones de 20 de mayo de 1948, 30 de junio de 1910, 31 de enero de 1913, 10 de mayo de 1950 y 14 de agosto de 1959), que si bien la preterición de alguno de los herederos forzosos en línea recta determina -conforme al artículo 814 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 1981 la nulidad de la institución de heredero, la cual podría ser acordada por los Tribunales cuando los herederos instituidos sostengan su validez, nada se opone a que éstos reconozcan a los preteridos la porción que les corresponda y puedan convenir con ellos no impugnar la partición hereditaria, y en distribuir y adjudicar los bienes en la proporción que legítimamente les hubiera correspondido, si se hubiere abierto la

sucesión intestada, por lo que no cabe rechazar la inscripción de la partición en esta forma efectuada, bajo el supuesto de no poder concederse validez legal al testamento que lo origina, pues «los interesados pueden de común acuerdo prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia», y, por otra parte, con tal proceder se subsana el descuido o imprevisión del testador, se acata e interpreta racionalmente su institución presunta, se salvaguardan los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos que pueden consumir buena parte de la propia herencia».

En base a ello la citada Resolución confirmaba la calificación recurrida ya que la partición había sido realizada en nombre de los dos interesados en la herencia por un común apoderado (no por los propios interesados), por lo este Centro Directivo declaró que «no puede accederse a la inscripción de la partición realizada en tanto no conste de forma expresa el referido convenio entre los interesados, sin que pueda presumirse tal reconocimiento por la sola atribución del indicado poder (vid. Resolución de 14 de agosto de 1959)».

Por el mismo motivo y fundamento en el caso objeto del presente expediente debe desestimarse el recurso pues la escritura relativa a las operaciones particionales se otorga por el contador-partidor designado y por la viuda, y no por los herederos.

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, 2 de agosto de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.