

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**14548** *Resolución de 5 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad interina de Pedreguer, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña María de los Reyes Sánchez Moreno, notaria de Alicante, contra la calificación de la registradora de la Propiedad interina de Pedreguer, doña Teresa Aparicio Marín, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 26 de marzo de 2018 por la notaria de Alicante, doña María de los Reyes Sánchez Moreno, se otorgaron las operaciones de aceptación y adjudicación de la herencia causada por el óbito de don J. R. H., de nacionalidad holandesa, fallecido en Denia el día 2 de enero de 2018, siendo vecino de Pedreguer. Ocurrió su fallecimiento en estado de viudo, de cuyo matrimonio tuvo tres hijos, y a su vez, estos tienen tres, dos y un hijo, respectivamente, cada uno de ellos, lo que hace un total de seis nietos del causante.

El causante había otorgado un testamento en Holanda el día 20 de junio de 1980, que fue revocado por otro otorgado en España el día 23 de junio de 2017 ante el notario de Denia, don Salvador Alborch de la Fuente, del que resultaba, a los efectos de este expediente, lo siguiente: que manifestó que era residente en España, lo que acreditó además mediante un certificado del Registro Civil holandés del que resultaba que se dio de baja como residente en Holanda el día 1 de mayo de 1997, manifestando su traslado a España; manifestó su deseo de que se aplicase la ley española a su sucesión, por motivos de su residencia habitual en España, en virtud del Reglamento Sucesorio Europeo. En este último testamento, desheredaba a sus tres hijos por la causa prevista en el artículo 853.2 del Código Civil de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, e instituía herederos a sus seis nietos, por partes iguales, sustituidos por sus descendientes; nombraba albacea testamentario y contador-partidor, atribuyéndole todas las facultades legales, incluso la de pago en metálico a los herederos, a don J. S. G. S.

La citada escritura de aceptación y adjudicación de herencia se otorgó por un apoderado, representante de todos los hijos y nietos, de manera que intervinieron representados los tres hijos del causante y los seis nietos, de los cuales había tres de ellos que eran menores de edad, haciéndolo en este caso el apoderado mediante poderes que, según resultaba del juicio de suficiencia, habían sido otorgados por los padres de los menores representados, en ejercicio de la patria potestad sobre los mismos.

En la escritura, exponían que el causante había desheredado a los tres hijos «por causa que ellos niegan», y se manifestaba que «están de acuerdo los herederos», por lo que concluían en que esta desheredación conllevaba la anulación de la institución de herederos en cuanto perjudique la legítima estricta de los desheredados. Por último, los herederos, «por sí o debidamente representados», optaban por prescindir del albacea y otorgaban lo siguiente: se ratificaron en la aceptación a beneficio de inventario hecha con anterioridad en Holanda y decidieron partir la herencia a razón de un tercio para los hijos desheredados y de dos tercios para los herederos, dándose por pagados con las adjudicaciones realizadas.

## II

Presentada la referida escritura el día 27 de marzo de 2018 en el Registro de la Propiedad de Pedreguer, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Previa calificación del precedente documento de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, he resuelto suspender la inscripción del documento de referencia y calificar negativamente el mismo, con base a los siguientes

## I. Hechos

1. Presentada telemáticamente la escritura de referencia el día 27 de marzo de 2018, bajo el asiento indicado asimismo en la referencia, la misma es suspendida por falta de liquidación de impuestos; posteriormente, con fecha 8 de mayo de 2018, se presenta copia física en papel, liquidada de impuestos, lo que implica la renuncia al procedimiento telemático registral.

2. La situación registral, sobre la finca perteneciente a este Distrito Hipotecario, registral, 9961 de Pedreguer es la siguiente:

1. Inscripción 8.<sup>a</sup> de dominio a favor de don J. R. H., por compra en estado de viudo. No presenta cargas.

2. Asiento 759, diario 49, relativo a la escritura de referencia.

3. Asiento 974 del diario 49, relativo a una escritura otorgada con anterioridad,– 23 de junio de 2017–; pero presentada después, y por la que don J. R. H. cede el usufructo vitalicio de esta finca a doña L. P.

3. Herencia y adjudicatarios.–En el documento de referencia, por el fallecimiento, en estado de viudo, de don J. R. H., nacional holandés, se adjudica la finca registral 9961 de Pedreguer, y otras –perteneciente a otro distrito hipotecario– por novenas e iguales partes indivisas a los siguientes: 1) hijo desheredado por el causante, don I. B. H., 2) hijo desheredado por el causante, don S. R. H.; 3) hijo desheredado por el causante, don P. J. H. (padre); y a los nietos del causante: 4) don M. J. H. (hijo de I.); 5) don P. J. H. (hijo de I.); 6) doña A. B. H. (hijo de I.); 7) la menor de edad, doña A. L. P. H. (hija de S.); 8) la menor de edad, doña P. J. S. H. (hija de S.); 9) la menor de edad, doña N. M. H. (hija de P. J. Comparece, por los nueve adjudicatarios, don E. H., que actúa en virtud de distintos poderes otorgados en Holanda.

4. Elemento temporal y territorial como criterios de conexión de la Ley aplicable a la sucesión.–El fallecimiento se produce el 2 de enero de 2018, –post entrada en vigor RSE–; y según el testamento otorgado en España que posteriormente se dirá, se dice que el causante es residente en España y vecino de Pedreguer. Igualmente indica la escritura presentada que se incorpora un certificado del Registro Civil holandés del que se resulta que se dio de baja como residente en Holanda el 1 de mayo de 1997, manifestando su traslado a España (Se incorpora documento en holandés, pero se desconoce su contenido, porque no hay traducción al castellano y no figura la apostilla de la Convención de la Haya).

Indica la escritura que, en el país de origen, el causante otorgó un testamento en Holanda, el 20/06/1980, ante el notario de Beetsterzwaag, (Holanda), don F. Kooi y que se une el certificado del registro general de actos de última voluntad holandés (dichos documentos si se han incorporado a la escritura se desconoce su contenido, pues no están traducidos al castellano ni con la apostilla de la Convención de La Haya). No obstante, se indica que dicho testamento ha sido revocado por otro posterior.

En el país de residencia, esto es en España su último testamento es de 23 de junio de 2017, y fue autorizado por el notario de Denia, don Salvador Alborch de la Fuente. En dicho testamento el causante realiza la «professio iuris» en favor de la ley española –única y universal–; conforme a jurisprudencia que resulta de la sentencia del TS 2484/2014 y a lo dispuesto en el artículo 853.2 del Código Civil deshereda a sus tres hijos: 1) don I. B. H., 2) don S. R. H.; 3) don P. J. H. (padre); e instituye herederos, por

partes iguales, entres ellos, a sus nietos: don M. J. H., don P. J. H. y doña A. B. H. (hijos de su hijo I.); doña N. M. H. (hija de su hijo P.) y doña A. L. P. H. y doña P. J. S. H. (hijas de su hijo S.). De los nietos, hay tres mayores de edad, y tres menores de edad.

Nombra albacea testamentario y contador partidador, por plazo legal prorrogable de cinco años, a don J. S. G. S., con atribución de todas las facultades legales.

5. Interpretación testamentaria hecha por la notario. Indica la notario, (folio 9 de la escritura) que, a «A la herencia se aplica el derecho sucesorio español y que el causante ha desheredado a sus tres hijos por causa que ellos niegan, con lo cual están de acuerdo los herederos, tenemos que concluir que esta desheredación conlleva la anulación de la institución de heredero en cuanto perjudique la legítima estricta del desheredado. Los herederos, por sí o debidamente representados, han optado por prescindir del albacea...».

6. Conflicto de intereses. En los folios 5 y 6 de la escritura la propia notario autorizante, y en relación a los menores de edad, manifiesta que existe conflicto de intereses; y añade que, el poder ha sido otorgado por ambos progenitores, lo que supone que, actuando por ellos al otorgar el poder ambos padres, con uno de ellos no existe conflicto, y en relación con el otro, éste no se opone a que se realice la partición. De facto, se evidencia, un conflicto de intereses entre las partes; pero, a su vez, unos intereses comunes frente a la situación registral.

Emite la notario autorizante, por su conocimiento del derecho holandés en ese punto, juicio de suficiencia a propósito de los poderes, por la equivalencia de funciones del notario holandés y del notario español, y por la equivalencia de forma y efectos entre el poder notarial español y holandés, con los mismos efectos que al documento público de poder se atribuye en España.

7. Ratificación en Holanda de herencia a beneficio de Inventario.—En el otorgan de la escritura (folios 19 y 20) los representados adjudicatarios se ratifican en una aceptación a beneficio de inventario hecha con anterioridad en Holanda. El documento judicial holandés se incorpora a la escritura y la notario dice que traduce al castellano en lo necesario. De lo traducido, resulta un apoderamiento a favor de una funcionaria de la secretaria del Juzgado de la Haya, doña M. T. H. para aceptar la herencia a beneficio de inventario.

Y dice la notario que, «la aceptación, no obstante ser aplicable a la herencia el derecho español, se sujeta en cuanto a su forma a la del lugar en que ha tenido lugar» (sic) (folio 21 de la escritura).

En cuanto al albacea testamentario y contador partidador, el primero de los «otorga» dice —conforme se ha indicado anteriormente— que, los herederos, puestos de acuerdo en la partición, prescinden de la actuación del albacea.

## II. Causas de calificación negativa y fundamentos jurídicos

Primera.—Calificación: artículos 18,19, 322 y 323 de la Ley Hipotecaria.

Segunda.—Tanto para la interpretación testamentaria como para la partición hereditaria, se precisa la intervención del albacea contador-partidor.

Dos apartados: a) Interpretación testamentaria. b) Partición.

A) En relación a la «interpretación testamentaria, resultan de la escritura presentada los hechos descritos bajos los números 5.º y 6.º anteriores, y las conclusiones a las que se llega son que, dado que la causa de desheredación que resulta del testamento es negada por los desheredados, de acuerdo con los herederos (sus hijos, tres de ellos menores de edad, representados por el padre), conlleva la anulación de la institución de heredero en cuanto perjudica a la legítima estricta de los desheredados; prescindiendo los representados herederos, del albacea (nada dice del contador-partidor, cargo distinto, pero que recae en la misma persona).

Visto el título sucesorio que dice que «de acuerdo con la jurisprudencia que resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo, 2484/2014, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 853.2 del Código Civil, deshereda a sus tres hijos, don I. B. H.; don S. R. H. y P. J. H.».

Vista la Sentencia dicha, la 2484/2014 que, como cuestión de fondo, y en síntesis, analiza e interpreta el artículo 853.2 del Código Civil, en relación al maltrato psicológico como justa causa de desheredación, fijando en su FD 2.º determinadas pautas interpretativas justificativas de la desheredación testamentaria; y atendiendo a que, en el punto concreto de la desheredación de los padres, los hijos menores de edad, – representados por desheredado–, poco o nada pueden objetar, a la negación de la causa de desheredamiento que puedan realizar los padres desheredados. Y también, Vista la Sentencia del TS, de 30 de enero de 2015, (mismo ponente) también interpretativa y en el mismo sentido, del artículo 853.2 del Código Civil; por tanto, crea jurisprudencia; y que, supone un punto de inflexión en la doctrina jurisprudencial interpretativa del artículo 853.2 del Código civil, pasando de una interpretación restrictiva a una interpretación extensiva.

Vistas distintas Rs de la DGRN que, en síntesis, estudian las facultades de interpretación de testamento que tiene el albacea contador-partidor, entre ellas, las de fechas 01/12/1984, 12/09/2002, 29/01/2013, 19/04/2013, 11/07/2013, 11/09/2013, 21/05/2014, 27/05/2014, todas en el mismo sentido como que el albacea contador-partidor, además de contar y partir, tiene unas funciones de interpretación del testamento y ejecución de la voluntad del causante que van más allá de la de la estricta división del caudal; no sólo partir el caudal relicto entre los interesados, sino también velar por el cumplimiento y ejecución de la voluntad del causante. Y en la determinación del ámbito de actuación del albacea habrá que tener muy en cuenta la voluntad del causante, ley fundamental de la sucesión (cfr. artículos 675 y 902 del Código Civil) de manera que se puede equiparar la partición hecha por el contador-partidor a la hecha por el testador (cfr. artículo 1057 del Código Civil; en el presente caso, y visto que los contadores–partidores, son reputados intérpretes del testamento desde antiguo (Vid: Rs de la DGRN, de 28/04/1995, 17/12/1955, 27/12/1982, o 01/12/1984, y las SSTs de 31 de marzo de 1970 o la de 18 de abril de 1985); se precisa, para la interpretación testamentaria, la intervención del albacea contador partidor del que dicen los herederos que han prescindido.

B) En relación a la partición.–En general, sabemos que, el sistema hereditario español contempla distintas fases: Apertura, Delación, Vocación, Aceptación o renuncia de la herencia, Partición. Y la fase de partición, otras etapas, como son, la de inventario, avalúo, liquidación, división, y adjudicación de bienes, especialmente facultado para ello el albacea contador-partidor según cláusula 4.º del testamento. En relación con el hecho 7.º, el documento holandés que se aporta lo es para la «aceptación» de la herencia; no es una aprobación de la partición realizada.

Visto lo dispuesto en el artículo 1058 del Código Civil: «cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fuesen mayores de edad y tuviesen la libre disposición de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente», esto es, resulta la siguiente preferencia u orden legal para la partición: 1.º, la partición hecha por testador; 2.º, la que realiza el contador partidor; y, 3.º, la que puedan realizar los herederos mayores de edad, (que para el caso, hay menores).

Sabida es la corriente doctrinal que establece que «a menos que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime, pueden prescindir de la intervención del contador partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente» (STS 20/10/1992). Pero se dice: «mayores de edad», lo que no ocurre en el presente caso, y tratándose de menores de edad, se han de extremar las precauciones y garantías legales.

También son conocidas, las argumentaciones jurídicas de la no necesaria intervención en la partición del contador partidor; pero no deja de ser cierto que, en muchas ocasiones, (y al caso concreto hemos de estar) que el testador designa contador

partidor con la única intención de evitar los problemas que derivan de la existencia de herederos menores de edad o incapacitados, con intereses contradictorios a los de su progenitor o representante legal y asegurarse de que la partición se ajustará al testamento, designando contador partidor a una persona de confianza.

Por otro lado, el derecho positivo condiciona siempre la actuación de los herederos a la inexistencia de contador partidor testamentario (artículo 1057, párrafo 2.º y artículo 1058, Código Civil) y en la misma línea se halla la Ley Hipotecaria, en su artículo 14 (incluso en la hipótesis extrema de existencia de un heredero único, en la que no cabe hablar técnicamente de partición), que exige la inexistencia de contador partidor; y asimismo, el artículo 910 del Código Civil, aplicable a los contadores-partidores, no incluye como causa de extinción del encargo su exclusión por los herederos.

Realmente, en la práctica, cuando los herederos están de acuerdo en la partición, recaban la colaboración del contador partidor testamentario, y acuden a la fórmula del otorgamiento conjunto de la partición por todos ellos. La partición, entonces, deviene contractual, con la importante consecuencia de no ser entonces aplicable el artículo 1057 Código Civil (RRDGRN de 27 de febrero de 1922 y de 6 de abril de 1962). En fin, cuando los herederos ratifican la partición del contador, no por ello pierde su carácter unilateral, lo que ocurre es que tal ratificación equivaldrá a la renuncia a la impugnación de la partición salvo que sobrevengan circunstancias por ellos desconocidas. Y la partición de los bienes hereditarios, que realizan los herederos de común acuerdo, en ejercicio de la autonomía que les reconoce el artículo 1058 del Código Civil, le son aplicables, en lo que hace a su posible nulidad, las reglas generales de los artículos 1300 a 1314 del Código Civil (SSTS de 30 de diciembre de 1939 y 7 de enero de 1949).

Por tanto, en el presente caso, también para la partición de la herencia, deviene igualmente necesaria la intervención del contador partidor.

Tercera.—El desheredamiento.—Establece el artículo 857 del Código Civil español (aplicable al caso) que «Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima».

La Rs de la DGRN de 25 de mayo de 2017, y las Sentencias y Resoluciones que allí cita, establece FD 4.ª que «la desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legitimario de la sucesión»; expresando causa legal (lo que hace el testador al invocar la Sentencia 2484/2014) y determinando claramente a sus tres hijos como desheredados.

La anulación de la cláusula testamentaria del desheredamiento no puede ser interpretada, ni por los herederos, ni tan siquiera por el albacea contador-partidor (Rs de la DGRN, entre otras, las de fecha 31 de marzo de 2005). La anulación de la causa de desheredamiento por los desheredados pasa por la vía judicial correspondiente, (STS 15/06/90 y Rs DGRN 01/12/1984, 29/12/2010 y 31/05/2005) y ello, entre otros, en virtud del principio doctrinal «favor testamenti» (o principio de conservación de los negocios jurídicos; recogido, por otra parte, en el Fd. 5.º de la Sentencia en la que el causante funda la desheredación); máxime, en el presente caso, cuando son los hijos del causante los desheredados y los nietos los instituidos herederos (3 de ellos menores de edad) quienes representados por su padre, acuerdan anular la disposición testamentaria del desheredamiento, y salvar las legítimas de los hijos desheredados (1/3) que entre 3 desheredados corresponde 1/9 a cada una de ellos. Es una cuestión de orden público.

Distinto sería el caso, de no anular la cláusula de desheredamiento y entrase en juego el artículo 857 del Código Civil lo que supondría, una nueva partición hereditaria.

Lo anterior, la disposición de los derechos de menores de edad, evidencia una contraposición de intereses entre padres e hijos; pero unos intereses comunes frente a la situación del libro diario.

Por tanto, en el presente caso, no se admite la anulación de la disposición testamentaria de desheredamiento de los hijos, salvo aprobación judicial; y caso de subsanar, recogiendo la doctrina establecida en el artículo 857 del código civil la adjudicación tendría que ser otra y no la realizada en la escritura presentada.

Cuarta.—El menor en la partición hereditaria (derecho español).—El artículo 1060 de Código Civil establece: «Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.»

En el presente caso, la cuestión, pasa por determinar si están legalmente representados los menores en la partición. El representante actúa en nombre de los herederos, mayores y menores de edad; los menores en virtud de un poder que dice que sus padres (ambos) han otorgado; pero no interviene el apoderado, en nombre de las madres de los menores herederos, en concreto, doña J. W. V. (madre de doña A. L. P. y doña P. J. S.) y doña A. M. P. (madre de doña N. M.); por lo que se tendrá que subsanar tal deficiencia.

Quinta.—Estatuto personal del menor.—La patria potestad, la propiedad de los bienes de los hijos y su administración/disposición, está sujeta (vid, artículo 9.1 del Código Civil) a la ley personal, esto es la Ley Holandesa que, la notario autorizante conoce y dice:

a) Los representantes legales necesitan autorización del juez de primera instancia (kantonrechter) para llevar a cabo actuaciones de disposiciones de bienes de un menor, salvo en los casos que se trate de actuaciones de mera administración (art 1:253 k en relación con el artículo 345 del Código Civil holandés)». Equivale, prácticamente, a nuestro artículo 166 del Código Civil.

Atendiendo a las circunstancias del caso concreto, realizando la partición hereditaria no conforme ha instituido el causante en su testamento, —sextas partes indivisas a favor de sus nietos— sino por novenas e iguales partes indivisas, y anulando la cláusula de desheredación por los menores representados; el acto no puede ser considerado como de mera partición, —atendiendo a las cuotas teóricas testamentarias— sino que evidencia una esencia dispositiva que necesariamente trasciende del régimen jurídico aplicable, en particular, en sede de capacidad y representación, y deviene inexcusable la autorización/aprobación judicial, prevenida, para el derecho español, en el artículo 166 del Código Civil Español (Rs de la DGRN de 26 de enero de 1998), y el equivalente holandés, (art 1253 en relación con el artículo 345 del código civil holandés, citados por la notario autorizante). Por tanto, no es suficiente con el Acta del Juzgado de la Haya, para aceptar la herencia (momento distinto) a beneficio de inventario, pues la partición (momento posterior) realizada conlleva disposición de los derechos de los bienes —cuotas testamentarias— de los menores

b) Indica, asimismo, la notario autorizante (folio 21 de la escritura) que, «la aceptación, no obstante ser aplicable a la herencia el derecho español, se sujeta en cuanto a su forma a la del lugar en que ha tenido lugar» (sic).

Lo anterior es incongruente dado que «si rige la forma del lugar donde tiene lugar la sucesión» (España), se precisa la correspondiente autorización judicial española (que es la ley que rige la sucesión) y no la holandesa independientemente del estatuto personal del heredero menor; y ello, tanto para la aceptación como para la partición —que conlleva acto dispositivo—; esto implica, según nuestras leyes adjetivas, el nombramiento de un defensor judicial o bien la correspondiente autorización judicial para la disposición de bienes de menores.

Contra la presente (...)

Pedreguer, a 28 de mayo de 2018 (firma). Fdo. Teresa Aparicio Marín —Registradora interina—».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña María Reyes Sánchez Moreno, notaria de Alicante, interpuso recurso el día 5 de julio de 2018 en el que alegaba lo siguiente:

## «Fundamentos de Derecho

Primera.—Se considera en la nota de calificación que para la interpretación testamentaria y la partición se precisa la intervención del albacea.

1. No hay nada que objetar en la argumentación del Registrador en lo referente a las facultades interpretativas del albacea.

2. La discrepancia está en que, en este caso, todos los interesados en la partición han prescindido del albacea, de manera que la facultad de interpretar el testamento corresponde entonces a los herederos.

3. En el caso de referencia, la ley material aplicable a la sucesión es la española, pues es la ley de residencia del causante.

4. Determinada la ley material aplicable a la sucesión, esta ley será aplicable a las facultades interpretativas del albacea contador partidor y, también, a si puede prescindirse o no de su actuación en la partición.

Como es sabido, el CC español no nos ofrece respuesta en este punto, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, y dentro de España, con los Derechos navarro (ley 344 de la Compilación) o catalán (art.464–6 del Libro de Sucesiones), que consideran que los herederos, puestos de acuerdo, pueden prescindir del contador. La ley de Derecho Civil de Galicia (art. 288) va aún más allá y sólo considera que debe actuar el contador a petición de cualquier partícipe.

No obstante, el TS admite, recogiendo la opinión doctrinal mayoritaria, la posibilidad de prescindir del albacea contador partidor por unanimidad, que es lo que ocurre en este caso.

A pesar del orden de prelación que pudiera deducirse del artículo 1058 CC (testador, contador, herederos) y a que hace referencia la nota de calificación, a la voluntad de los herederos en la partición se le ha dado tanta importancia en la sucesión que incluso sería posible que los herederos partieran en contra de lo dispuesto por el testador en el propio testamento (Sentencia del TS de 4 de febrero de 1994).

Si se puede prescindir incluso de la efectuada por el testador, más aún se podrá prescindir de la que pudiera hacer el albacea–contador y, por extensión, de la intervención del albacea–contador para partir. El TS refiere esta posibilidad a que los herederos sean mayores de edad (en particular, la de 22 de febrero de 1997), tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 1058 CC. Pero también es cierto que en esta sentencia se trataba de forma tangencial esta cuestión, pues de lo que se trataba era de resolver supuestos de posible omisión de algún interesado en la partición contractual (la viuda) y de las dudas sobre el carácter privativo o ganancial de los bienes.

No se plantea sin embargo en estas sentencias que el art. 1058 CC pueda ponerse en relación con el artículo 1060 CC e interpretarse de una manera conjunta. Es en este sentido que la ley 345 de la Compilación de Navarra recoge conjuntamente el contenido de los dos artículos 1058 y 1060 CC: A falta de partición, los herederos pueden hacerla por acuerdo unánime y si los menores o incapacitados están legalmente representados en la partición no se necesitará intervención judicial. En el Libro de Sucesiones de Cataluña, en su art. 464–4, se hace constar únicamente que los herederos de común acuerdo pueden prescindir del albacea. Esto supondría que si hay herederos menores jugarían para ellos las normas generales de representación legal del menor.

A mi forma de ver, pues, a la decisión de los mayores de edad en este caso debe equipararse la de los menores de edad legalmente representados en la partición, lo que resultaría de lo dispuesto conjuntamente en los artículos 1058 y 1060CC, pues el mismo alcance debe darse a la voluntad de partir por sí solos de los herederos mayores prescindiendo del contador que a la de los menores debidamente representados de partir prescindiendo del contador. Aquel que pueda partir, sea por sí o a través de representante, debe también poder partir prescindiendo del albacea.

El albacea–contador se nombra para cuidar de que se cumpla la voluntad del testador, pero en ningún caso representa los intereses de los menores en la partición.

Son los representantes de éstos los que sí cuidan de los intereses de los menores y de que se haga la partición en la forma que unánimemente han decidido todos los interesados en la sucesión. Y si los menores pueden partir a través de sus representantes legales, que cuidan de sus intereses (1060 CC), en la misma forma podrán prescindir de un albacea (en este caso, además, extraño a la familia), a través de sus representantes legales. En el caso que nos ocupa, además, no se hace realmente una división del caudal, sino una adjudicación de cada bien en las mismas cuotas que resultan del título sucesorio.

5. En el caso al que la escritura se refiere, los menores están debidamente representados en la partición por el progenitor que no está interesado en la herencia y con el que no existe conflicto de intereses. En relación a la capacidad de los menores, su representación legal y el ejercicio de la misma, aun cuando la sucesión se rija por el Derecho español, habrá de estar a la legislación nacional de los menores y, por tanto, a la ley holandesa. El artículo 1253 del CC holandés en este punto llega a una solución equivalente a la del artículo 163 de nuestro CC: si hay un conflicto de intereses con un progenitor, al otro corresponde su representación legal. En Holanda, el artículo 1253 añade la particularidad de que esto ocurre salvo que exista oposición por el otro progenitor, lo que no ocurre en este caso pues los dos progenitores de los menores otorgan poder para realizar la partición, uno como legitimario e interesado en la partición, que no se opone dado que otorga el poder con su cónyuge para otorgar la escritura en España, y éste, en su concepto de representante legal del menor.

En la escritura se hace referencia al informe de vigencia de leyes solicitado por mí al Notario holandés precisamente aclarando esta circunstancia, informe que me llevó al convencimiento de que los menores estaban legalmente representados en la partición por el progenitor con el que no existe conflicto de intereses en el caso concreto a que se refiere la escritura.

Se dice en la calificación que la escritura no expresa que el apoderado actúa también en nombre de las madres de los menores. Porque lo que sí dice la escritura es que el apoderado actúa por los menores pues el poder ha sido otorgado por el progenitor no interesado en la sucesión, que les representa legalmente; y que el progenitor interesado en la sucesión, que otorga el mismo poder y con el que sí existe conflicto, no se opone a la actuación del primero en el otorgamiento del poder para partir.

Se desconoce dónde ve la registradora «un conflicto de intereses entre las partes pero, a su vez, unos intereses comunes frente a la situación registral» ¿Se refiere a que hay una escritura de fecha anterior pero presentada después de que se otorgara la escritura calificada? Porque eso no guarda relación alguna con la existencia de un posible conflicto de intereses entre el menor y el progenitor no interesado en la partición, que no existe y al que debe concretarse la calificación.

Segunda.—Se considera en la nota de calificación que es exigible aprobación judicial para admitir la inexistencia de causa de desheredación.

1. Antes de entrar en esta cuestión, se advierte que la registradora analiza la STS 2484/2014 acerca de la amplitud de la causa de desheredación que recoge el testamento, algo que no hace al caso, pues no se duda en ningún momento de la amplitud que a la causa pueda haberle dado el testador.

2. Con lo que no estoy de acuerdo es con que la intervención del albacea sea esencial en este caso para interpretar la causa de desheredación. Y no sólo eso. Es que incluso aunque no se hubiese prescindido de su actuación, ninguna participación tendría el albacea en este punto. El art. 850 CC dice que son los herederos del testador los que deben probar ser cierta la causa de desheredación si el desheredado (todos los hijos del causante, en este caso), la negase. El desheredado es el que puede, en su caso, negar la causa. El CC ni siquiera exige a los legitimarios un comportamiento activo en este caso. Basta con que nieguen la causa de la desheredación sin exigirle ningún requisito más. Esto es así porque el CC en materia sucesoria es sumamente protector de la

legítima. (En este caso, incluso, se deshereda por el causante a la totalidad de los hijos legitimarios). La posibilidad del desheredado legítimo de negar la causa de desheredación es completamente independiente de la actuación que pueda corresponder al albacea, incluso aunque no se hubiera prescindido de su actuación. Es una posibilidad, la de negar la causa, sea la que sea, que corresponde siempre al legítimo desheredado.

3. Y, una vez negada por el desheredado, la prueba no correspondería tampoco al albacea (incluso aunque no se hubiere prescindido del mismo para efectuar la partición) sino a los herederos. Es a estos a los que se impone la prueba de la causa en virtud, otra vez, de la gran importancia que el CC atribuye al derecho a la legítima.

4. En el caso que nos ocupa, los herederos han estimado que no van a probar la causa sino a respetar la legítima (estricta, eso sí), de los hijos legitimarios. Aun cuando se haya utilizado en la escritura la expresión «anulación de la institución de heredero en lo que perjudique a la legítima estricta de los hijos», utilizando la dicción que recoge para otro supuesto, el de preterición, el art.814 CC, queda claro del contenido de la escritura que lo único que se pretende por los herederos es reconocer la legítima estricta de los desheredados. Y con ello se trata precisamente de evitar acudir a los tribunales y que pueda llevarse a efecto la partición. El partir respetando la legítima del desheredado es una opción que todos han considerado preferible a la alternativa judicial de contender los padres y sus hijos sobre la causa de desheredación. De hecho, el acuerdo entre los interesados (toda la familia cercana del causante en este caso) siempre es preferible a la alternativa judicial. Y por los menores de edad, la decisión de respetar la legítima y no acudir a los tribunales la ha tomado en ejercicio de la patria potestad aquel de sus padres con el que no hay conflicto de intereses; suponiendo esta decisión, realmente, la de pago de un derecho exigible por el legítimo al no poder probarse la causa de desheredación. Ese pago a un legítimo de sus derechos cuando no se está en disposición de probar la causa de la desheredación no es sino el cumplimiento de una obligación por los herederos, que es previa a la partición y necesaria para efectuarla.

5. Otra vez menciona la registradora en la nota de calificación que padres e hijos tienen unos intereses comunes «frente a la situación del libro diario». Resulta difícil interpretar lo que quiere decir la registradora con ello. Supongo que se refiere, algo que no dice, a la escritura presentada al registro después de que se otorgara y presentara al Libro Diario la escritura de partición de herencia.

Esta es la situación desde el punto de vista registral:

– El día 27 de marzo de 2018 se presenta en el Registro de la propiedad telemáticamente escritura de adjudicación de la herencia del causante otorgada ante mí el día anterior, que causó el asiento de presentación 759. Diario 49. Para la elaboración de la escritura de partición, dado que a día de hoy no es posible el acceso telemático a los Libros del Registro, se solicitó, de conformidad con el art 175.2 RN nota simple informativa de todas las fincas de la herencia, aun cuando no es preceptiva su solicitud, recibándose telefax del Registro de Pedreguer de fecha 23 de marzo de 2018. En la nota registral suministrada correspondiente a la finca 9961, la señora Registradora de Pedreguer informa que a fecha del otorgamiento de la escritura de partición calificada, el pleno dominio de la finca 9961 corresponde al causante, y que está libre de cargas. Dicha nota, al igual que las relativas a las demás fincas, se incorporó a la escritura de partición como documento anexo.

– Con el asiento 974. Libro Diario 49 (después del otorgamiento y presentación de la escritura de partición, aunque no se dice por la registradora en la nota) se presenta en el Registro de la propiedad de Pedreguer una escritura en la que Doña L. P. adquiere un derecho de usufructo, sobre la citada finca 9961. Según dice la Registradora en su nota de calificación la escritura se otorgó el día 23 de junio de 2017, esto es, el mismo día en el que el causante otorgó testamento, pero no se presentó al Registro de la propiedad de Pedreguer hasta, al menos, después del 26 de marzo de 2018, fecha en que se otorgó la escritura de partición de herencia calificada.

La Sra. Registradora cita en el punto 1 de su nota de calificación los artículos 18 LH etc., pero, increíblemente, no cita el art 17 LH, que recoge uno de los principios hipotecarios más importantes, el principio de prioridad, principio sobre el que gira el Registro de la propiedad, consagrado en la máxima prior tempore potior iure, lema del cuerpo de los Registradores de la propiedad y mercantiles de España.

Dice así el art 17 LH:» Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.

Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento.».

Y además añade el art 24 LH que: «Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma».

Por otra parte, el artículo 32 LH dice que: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

Queda fuera de la función calificadoradora de la registradora determinar qué intereses personales están detrás de la actuación de los hijos, de los nietos y de los que adquieren un derecho de usufructo del causante seis meses antes de que éste falleciera pero que no presentan dicha escritura en el Registro de la propiedad, sino más de 40 días después de otorgada y presentada al Libro Diario la escritura de partición.

Pero la aplicación del principio registral prior in tempore potior in iure, sobre el que se fundamenta la institución del Registro de la Propiedad y al que debe sujetarse escrupulosamente la registradora, no impide que quien se considere perjudicado pueda defender su derecho donde proceda, para lo cual existen cauces legales más allá del Registro.

Tercera.–Se considera en la nota que es exigible la autorización judicial para aceptar la herencia a beneficio por los menores.

1. Dice la registradora en la nota de calificación que la ley personal del menor, la ley holandesa, es la que rige en materia de capacidad, algo que se reconoce en la propia escritura, al haber solicitado yo, notario autorizante, es este sentido, un informe a notario holandés para determinar el alcance y ejercicio de su representación legal.

2. Con lo que no estoy de acuerdo es con que la aceptación a beneficio de inventario pueda implicar en ningún caso un acto de disposición.

3. Precisamente, en nuestro CC el antiguo artículo 166 recogía un supuesto de aceptación tácita de los menores a beneficio de inventario y, aunque esto desaparece redacción vigente, sí parece desprenderse de su redacción que los padres sólo pueden aceptar la herencia a beneficio de inventario sin autorización judicial. Para aceptarla pura o simplemente o renunciarla, es cuando necesitan la autorización judicial.

4. El artículo del CC holandés que cita la registradora en la nota de calificación, no viene al caso en absoluto, pues se refiere a la autorización judicial para realizar actos de disposición por los menores y la escritura no recoge ningún acto de disposición.

5. La aceptación a beneficio de inventario, y esto es lo que dice la escritura, se sujeta a los requisitos de forma o bien del Derecho español aplicable o bien a los del Derecho holandés, que es donde se ha producido. En este sentido se manifiesta el artículo 28 del Reglamento europeo de Sucesiones y no hay ninguna incongruencia en afirmar que:

– a la capacidad del menor (y a la necesidad, en su caso, de autorización judicial) se aplica el Derecho holandés, ley personal del menor (art.9.1 CC).

- a la forma de la aceptación a beneficio de inventario, el Derecho holandés, pues es allí donde se ha realizado (art. 28 del RSE).
- y a la sucesión, el Derecho español que corresponde a la residencia del causante (art. 21 RSE).

6. Y, precisamente, la aceptación a beneficio de inventario en Holanda se realiza, siendo este un requisito formal, ante el secretario judicial competente. Incorpora la escritura acta de aceptación a beneficio de inventario en el Juzgado de la Haya.

7. Se desconoce qué quiere decir la registradora cuando dice que «no es suficiente el acta del Juzgado de la Haya para aceptar la herencia a beneficio de inventario» (lo que no se entiende, ya que es el requisito formal que precisamente exige el Derecho holandés), «pues la partición realizada conlleva disposición de los derechos de los bienes– cuotas testamentarias teóricas– de los menores.» (sic).

Parece que la registradora, en su nota de calificación, entiende que la partición de la herencia es un acto traslativo, siguiendo así la doctrina de finales del Siglo XIX (tesis mantenida por Manresa) que entendía que toda partición era un acto de disposición. Pero desde principios del Siglo XX, está teoría que concibe la partición como un acto dispositivo, y que ya era discutida en su origen, quedó definitivamente arrinconada por la Doctrina (Beltrán de Heredia y Roca-Sastre), que, prácticamente de forma unánime, sostenían que la partición era un acto declarativo, o, en una evolución posterior de dicha teoría, un acto «determinativo» (Martín-López y Royo-Martínez) o «especificativo» (Chamorro), en los que no existen actos de disposición entre los herederos. Postura que mantienen también Vallet o Lacruz señalando que en las relaciones entre los coherederos, la partición no hace más que concretar los bienes que corresponden a cada uno de ellos, por lo que entre ellos debe tener carácter simplemente declarativo.

La jurisprudencia del TS en una primera fase pareció seguir la tesis traslativa, pero a partir de la STS 25 Enero 1945, pareció evolucionar a la tesis declarativa, a la que se han inclinado claramente la DG en RDGRN de 6 abril 1962.

Por ello parece que está ya abandonada la tesis traslativa, afirmando el TS desde la STS 28 Enero 1964 que la partición entre los coherederos es determinativa.

Pero aun siguiendo la tesis traslativa, sería discutible que se aplicara a la escritura calificada, en la que se adjudican los interesados la totalidad de los bienes por partes indivisas.

Por tanto, como mera concreción de los bienes que recibe en pago de su cuota el heredero, en la escritura no existe acto alguno de disposición. Así es con arreglo al Derecho español (que los regula de forma diferente en el artículo 166 CC y en el 1060 CC, respectivamente); y así es con arreglo al Derecho holandés aplicable al caso (artículo 1253 de su Código Civil, que también cita la registradora) que sólo exige autorización judicial para disponer de bienes de menores, pero que para la partición de herencia de los menores sólo pide que no haya conflicto de intereses con el progenitor que le representa y no oposición del otro progenitor para el otorgamiento de la escritura de aceptación a beneficio de inventario y de partición. Y este es el contenido del informe de vigencia de leyes solicitado a notario holandés que yo tomé en cuenta para el otorgamiento de la escritura, como en ella misma se indica, referente a la aplicación del artículo 1253 del Código Civil holandés al caso concreto de la partición que recoge la escritura.»

#### IV

Mediante escrito, de fecha 9 de julio de 2018, doña María Isabel Navarro Torán, registradora de la Propiedad titular del Registro de Pedreguer, emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

## Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución; 9.1, 162, 163, 166, 658, 850, 857, 910, 1057, 1058 y 1060 del Código Civil; 18, 14, 19 bis y 324 de la Ley Hipotecaria; 21, 22 y 28 del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; 345 de la Compilación de Derecho Foral de Navarra; 464–4 del Libro de Sucesiones de Cataluña; las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1992, 4 de febrero de 1994 y 22 de febrero de 1997, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 1999, 13 de septiembre de 2001, 30 de mayo de 2003, 31 marzo y 31 de mayo de 2005, 23 enero de 2006, 29 de diciembre de 2010, 5 de agosto y 17 de octubre de 2013, 30 de abril, 21 y 27 de mayo y 21 de noviembre de 2014, 27 de octubre de 2015, 27 de octubre de 2016, 25 de mayo de 2017 y 19 de julio y 2 de agosto de 2018.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que son circunstancias relevantes las siguientes:

– El causante es de nacionalidad holandesa; ocurrió su fallecimiento en estado de viudo, de cuyo matrimonio tuvo tres hijos, y de estos resultan seis nietos.

– En su último testamento, manifestó que era residente en España, lo que acredita; manifiesta su deseo de que se aplique la ley española a su sucesión, por motivos de su residencia habitual en España, en virtud del Reglamento Sucesorio Europeo; deshereda a sus tres hijos por la causa prevista en el artículo 853.2 del Código Civil de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, e instituye herederos a sus seis nietos por partes iguales sustituidos por sus descendientes; nombra un albacea y contador-partidor atribuyéndole todas las facultades legales incluso la de pago en metálico a los herederos.

– La escritura se otorga por un apoderado representante de todos los hijos y nietos, de los cuales hay tres de ellos que son menores de edad, haciéndolo el apoderado en el caso de los menores, mediante poderes de sus padres en ejercicio de la patria potestad sobre los mismos. Se manifiesta en la escritura que el cónyuge que no presenta conflicto de intereses lo hace representando al menor y el otro que sí lo presenta, lo hace para no oponerse a la representación, en sintonía con las exigencias de la legislación holandesa.

– En la escritura exponen que el causante ha desheredado a los tres hijos «por causa que ellos niegan», y se manifiesta que «están de acuerdo los herederos», por lo que concluyen en que esta desheredación conlleva la anulación de la institución de herederos en cuanto perjudique la legítima estricta de los desheredados.

– Los herederos, «por sí o debidamente representados», optan por prescindir del albacea y otorgan que se ratifican en la aceptación a beneficio de inventario hecha con anterioridad en Holanda y deciden partir la herencia a razón de un tercio para los hijos desheredados y de dos tercios para los nietos herederos dándose por pagados con las adjudicaciones realizadas.

La registradora señala como defectos: que se precisa para la interpretación testamentaria la intervención del albacea contador-partidor del que dicen los herederos que han prescindido; que es necesaria para la partición la intervención del contador-partidor; que se requiere aprobación judicial para admitir la inexistencia o la anulación de la causa de desheredación; que deben intervenir representados también los cónyuges de los padres de los menores interesados en la partición con los que existe conflicto de intereses; que es necesaria aprobación judicial para la aceptación de la herencia a beneficio de inventario por los menores y para la partición.

La notaria recurrente alega: que nada se objeta a la interpretación del testamento por el albacea, sino que al poderse prescindir de él en la partición, la interpretación

corresponde solo a los herederos; que la jurisprudencia ha permitido que se prescinda del contador-partidor por acuerdo de los herederos; que pueden los desheredados negar la causa de la desheredación y en este caso corresponderá en su caso a los herederos sostener la certeza de esa causa, lo que no han hecho; que la dicción que se ha empleado sobre anulación de la institución solo está referida, como resulta de la partición, a reconocer la legítima estricta de los desheredados para evitar un procedimiento judicial; que los poderes otorgados en representación de los menores lo fueron también por los progenitores con los que no pudiera existir colisión de intereses por lo que está salvada esta y no se precisa aprobación judicial.

2. En cuanto a la interpretación de la disposición testamentaria por el albacea, nada se objeta por la notaria recurrente, que por otra parte alega que no siendo necesaria la intervención del albacea contador-partidor en la partición, y realizándose por los herederos, basta la interpretación realizada por estos.

Efectivamente, coinciden la registradora y la recurrente en su escrito, que corresponden las facultades de interpretación del testamento también a los albaceas y contadores-partidores. Ha recapitulado este Centro Directivo en Resolución de 30 de abril de 2014, reiterada por la de 27 de octubre de 2016, que serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los tribunales de Justicia. También según doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. «Vistos»), es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencialmente, podrá también el albacea, máxime si en él, además confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador. Y por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los tribunales de Justicia decidir la posibilidad de cumplimiento de la voluntad del testador y su alcance interpretativo, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al tribunal de Instancia.

3. Así pues, la cuestión es si se puede prescindir de la intervención del albacea contador-partidor en la partición del presente supuesto.

Entiende la registradora que la necesidad de la intervención del contador-partidor en la partición se fundamenta en que la ley condiciona siempre la actuación de los herederos a la inexistencia de contador-partidor testamentario (artículos 1057 y 1058 del Código Civil); que la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1992 admite que se prescinda del contador-partidor por la unanimidad de los herederos solo cuando estos sean mayores de edad; que el artículo 14 de la Ley Hipotecaria (incluso en la hipótesis extrema de existencia de un heredero único, en la que no cabe hablar técnicamente de partición), exige la inexistencia de contador-partidor; y asimismo, el artículo 910 del Código Civil, aplicable también a los contadores-partidores, no incluye como causa de extinción del encargo su exclusión por los herederos.

Argumenta la notaria recurrente que el Tribunal Supremo admite, recogiendo la opinión doctrinal mayoritaria, la posibilidad de prescindir del albacea contador-partidor por unanimidad; que a pesar del orden de prelación que pudiera deducirse del artículo 1058 del Código Civil, a la voluntad de los herederos en la partición se le ha dado tanta importancia en la sucesión que incluso sería posible que los herederos partieran en contra de lo dispuesto por el testador en el propio testamento (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1994); que si se puede prescindir incluso de la efectuada por el testador, más aún se podrá prescindir de la que pudiera hacer el albacea contador y, por extensión, de la intervención del albacea contador para partir; que entiende que la decisión de los mayores de edad debe equipararse la de los menores de edad legalmente representados en la partición, lo que resultaría de lo dispuesto conjuntamente en los artículos 1058 y 1060 del Código Civil, pues el mismo alcance debe darse a la voluntad de partir por sí solos de los herederos mayores prescindiendo del contador que a la de los menores debidamente representados de partir

prescindiendo del mismo; que además, en este supuesto, no se hace realmente una división del caudal, sino una adjudicación de cada bien en las mismas cuotas que resultan del título sucesorio.

Establece el artículo 1058 del Código Civil que: «Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente». De este artículo, interpretado literalmente, podría extraerse la consecuencia de que la existencia de un contador partidador nombrado por el testador, a menos que su intervención se hubiera previsto por el mismo testador con carácter facultativo y a previo requerimiento de algún heredero, excluiría la posibilidad de que los herederos realicen la partición por sí mismos.

La cuestión de si se puede prescindir del contador-partidador en la partición de la herencia se ha debatido doctrinalmente con ciertas divergencias entre quienes lo han admitido sólo cuando el testador lo haya previsto expresamente y quienes han sostenido que los herederos podrán prescindir del contador-partidador, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente, fundamentándolo en que si se puede lo más, esto es, prescindir de la partición practicada por el testador y pactar la indivisión, se podrá lo menos, que es prescindir del contador-partidador. Pero sobre todo, por el propio fundamento del cargo, cuya misión es evitar litigios entre los herederos.

Hasta el año 1992, se sostuvo la opinión contraria por parte del Tribunal Supremo, y pese a esta, los herederos podían decidir continuar en indivisión, constituir una sociedad a la que aportasen el caudal hereditario e, incluso, la doctrina sostuvo que partirlo de modo distinto al pretendido por el comisario.

Posteriormente, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1992, el Alto Tribunal ha admitido que, a menos que el testador lo haya prohibido expresamente en el testamento, los herederos mayores de edad que se hallen en la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime, pueden prescindir de la intervención del contador partidador y efectuar por sí solos la partición del modo que tengan por conveniente. Este criterio ha sido corroborado por el Alto Tribunal en Sentencia de 22 de febrero de 1997, si bien en esta se limita a añadir, escuetamente, que esa doctrina, «a sensu contrario, determina que en el presente caso no pudiera prescindirse de la intervención del contador-partidador designado por el testador dado que entre los derechos [sic] se encontraba el hoy recurrente don F. entonces menor de edad...» (sin que, por lo demás, en esta sentencia consten datos fácticos suficientes para comprobar si se trataba o no de un caso análogo al presente en el que los menores intervienen legalmente representados suficientemente, como más adelante se expresa).

Este Centro Directivo, en Resolución de 27 de octubre de 2015, en un caso en que el testador prevé la actuación de los contadores-partidores «para el solo caso de que su intervención sea requerida o existan interesados en la herencia menores o incapacitados» (añadiendo que «su intervención no será necesaria si todos los herederos son mayores de edad y plenamente capaces y formalizan la partición de mutuo acuerdo») concluyó que no es posible prescindir de la actuación de los contadores partidadores, aun existiendo acuerdo de todos los herederos, por existir menores representados por su padre, careciendo este de interés propio en la partición.

En el derecho civil foral de Cataluña (artículo 464-4), de Galicia (artículo 164) y de Navarra (Ley 344) se permite a los herederos prescindir del contador partidador por acuerdo unánime salvo que el testador haya dispuesto otra cosa o que haya disposición en contra que lo determine. En este sentido la ley 345 de la Compilación de Navarra recoge conjuntamente el contenido de los dos artículos 1058 y 1060 del Código Civil, esto es que a falta de partición, los herederos pueden hacerla por acuerdo unánime y si los menores o incapacitados están legalmente representados en la partición no se necesitará intervención judicial; y en el Libro de Sucesiones de Cataluña, en su artículo 464-4, se hace constar únicamente que los herederos de común acuerdo pueden prescindir del albacea.

En definitiva, la cuestión debatida debe resolverse también atendiendo a la voluntad del testador al nombrar contadores-partidores y a las facultades que, como se ha expuesto y según los argumentos referidos, se atribuye legalmente a los propios herederos para realizar la partición. Por ello, debe concluirse que, solo si del testamento resulta que fue voluntad del testador nombrar contadores partidores para que intervinieran también en caso de que hubiera interesados en la herencia menores legalmente representados, puede entenderse que la intervención de aquellos es imprescindible, algo que no ocurre en el presente caso toda vez que en el testamento el causante se limita a nombrar un albacea contador-partidor al que «se le atribuyen todas las facultades legales», sin ninguna otra indicación sobre el carácter de su intervención. En consecuencia, en el presente caso no es necesaria la intervención del contador-partidor nombrado.

4. En cuanto al defecto relativo a la necesidad de aprobación judicial para admitir la inexistencia o la anulación de la causa de desheredación, fundamenta su criterio la registradora en que la anulación de la cláusula testamentaria del desheredamiento no puede ser interpretada, ni por los herederos, ni tan siquiera por el albacea contador-partidor y, de modo que esa anulación de la causa de desheredación por los desheredados pasa por la vía judicial correspondiente, en virtud del principio doctrinal «favor testamenti», máxime en el presente caso, cuando son los hijos del causante los desheredados y los nietos los instituidos herederos (3 de ellos menores de edad) quienes representados por su padre, acuerdan anular la disposición testamentaria del desheredamiento, y salvar las legítimas de los hijos desheredados y, por tanto, no se admite la anulación de la disposición testamentaria de desheredamiento de los hijos, salvo aprobación judicial.

La notaria recurrente alega que la ley determina que pueden los desheredados negar la causa de la desheredación y en este caso corresponderá a los herederos probar la certeza de esa causa; que en el presente supuesto, los desheredados han negado la causa de desheredación; que aunque se haya utilizado en la escritura la expresión «anulación de la institución de heredero en lo que perjudique a la legítima estricta de los hijos», utilizando la dicción que recoge para otro supuesto, el de preterición del artículo 814 del Código Civil, queda claro del contenido de la escritura que lo único que se pretende por los herederos es reconocer la legítima estricta de los desheredados; que han convenido partir respetando la legítima del desheredado; y que esa decisión de los herederos de respetar la legítima de los desheredados la ha tomado, por los menores de edad, en ejercicio de la patria potestad aquel de sus padres con el que no hay conflicto de intereses, suponiendo esta decisión, realmente, el cumplimiento de una obligación por los herederos que es previa a la partición y necesaria para efectuarla.

Este Centro Directivo se ha pronunciado recientemente sobre la cuestión de la anulación de las disposiciones testamentarias pero referida a la existencia de preterición, en la Resolución de 2 de agosto de 2018 que ha decidido si en una partición es o no necesaria, a efectos registrales, la 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 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 con base en los argumentos ya expresados por la Resolución de 13 de septiembre de 2001 que afirmó 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».

Estas Resoluciones no contradicen 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 y 14 de agosto de 1959) con arreglo a la cual se admite la validez de la

partición por los herederos sin necesidad de la previa declaración de nulidad de la institución en el caso de preterición si concurre acuerdo expreso entre todos los herederos (instituidos y preteridos), ya que para prescindir de la correspondiente acción judicial de nulidad se exige dicho convenio entre los interesados.

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.

Esta Resolución afirma 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».

5. Visto esto respecto de la anulación de la institución de herederos en el caso de preterición, y considerando las similitudes y diferencias que esta presenta con la anulación para el caso de desheredación, como ha reiterado la doctrina de esta Dirección General (por todas, la Resolución de 21 de noviembre de 2014), respecto de la existencia de legitimarios desheredados como motivo de la suspensión de la inscripción, cabe recordar que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, «a falta de conformidad de todos los afectados», una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial); y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. artículo 658 del Código Civil), conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma (Resolución de 13 de septiembre de 2001). En consecuencia, concurriendo esa conformidad de todos los interesados, no es necesaria esa declaración judicial de privación de eficacia de la cláusula de desheredación.

También ha afirmado anteriormente este Centro Directivo (cfr. Resolución de 31 de marzo de 2005), que hay que entender eficaz la desheredación ordenada por el testador cuando se funda en justa causa expresada en el testamento y la certeza de dicha causa no ha sido contradicha por los desheredados (cfr. artículos 850 y 851 del Código Civil). En el presente caso, ha sido negada por los desheredados y no ha sido determinada la certeza por los herederos.

Planteadas así las cosas y en una situación de herederos que tuviesen todos la libre administración y disposición de sus bienes, no debiera haber objeción para una partición así realizada y no sería precisa la aprobación judicial de la misma, pero en el concreto supuesto de este expediente, de nuevo concurre la circunstancia de que tres de los herederos, que son menores, están representados por sus progenitores entre los cuales están los desheredados por lo que se plantea si existe o no colisión de intereses. En

consecuencia, esto nos lleva, para la resolución de este expediente, al estatuto personal de los menores interesados en la partición y su representación.

6. Respecto de la representación de los menores, señala la registradora que «no interviene el apoderado, en nombre de las madres de los menores herederos, en concreto, doña (...) y doña (...); por lo que se tendrá que subsanar tal deficiencia».

Establece el artículo 163 del Código Civil que «siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor (...) Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor y completar su capacidad».

El artículo 1253 del Código holandés recoge los mismos principios que el 163 del Código Civil pero añade la particularidad de que esto ocurre salvo que exista oposición por el otro progenitor. Pues bien, en este caso dicha oposición no existe pues, como resulta de la escritura y se alega en el escrito de interposición, los dos progenitores de los menores otorgan el poder para realizar la partición, uno como legitimario e interesado en la partición, que no se opone dado que otorga el poder con su cónyuge para otorgar la escritura en España, y el otro en su concepto de representante legal.

Así pues, lo que figura en la escritura es que el apoderado actúa en representación de los menores, pues el poder ha sido otorgado por el progenitor no interesado en la sucesión, que les representa legalmente; y también por el progenitor interesado en la sucesión, que otorga el mismo poder pero que lo hace como interesado en la partición y además para expresar que no se opone a la actuación del primero en el otorgamiento para partir.

Por lo tanto, en el concreto supuesto, los menores están correctamente representados en la partición y por lo que se refiere al conflicto de intereses no precisan defensor judicial pues están representados por el progenitor con el que no concurre el conflicto.

7. El último de los defectos señalados es la necesidad de aprobación judicial de la aceptación a beneficio de inventario y de la partición.

En cuanto al estatuto personal de los menores, coinciden notaria y registradora en el estatuto personal de los menores interesados en la partición: la patria potestad, la propiedad de los bienes de los hijos y su administración y disposición, está sujeta (vid, artículo 9.1 del Código Civil) a la ley personal, esto es la Ley holandesa, que la notaria autorizante conoce y recoge en la escritura: «Los representantes legales necesitan autorización del juez de primera instancia (kantonrechter) para llevar a cabo actuaciones de disposiciones de bienes de un menor, salvo en los casos que se trate de actuaciones de mera administración (art 1:253 k en relación con el artículo 345 del Código Civil holandés)».

En lo que discrepan es en la consideración de si los actos de partición en el caso concreto suponen o no disposición de bienes, lo que lleva a distintas exigencias.

Sostiene la registradora que dadas las circunstancias del caso concreto, anulando la desheredación y partiendo de forma distinta a la señalada en el testamento, el acto no puede ser considerado como de mera partición, sino que evidencia una esencia dispositiva por lo que, en sede de capacidad y representación, deviene inexcusable la autorización o la aprobación judicial prevenida para el derecho español y el equivalente holandés, y que, por tanto, no es suficiente con el acta del Juzgado de La Haya para aceptar la herencia a beneficio de inventario, pues la partición realizada conlleva disposición de los derechos de los bienes –cuotas testamentarias– de los menores; que siendo que en la escritura se dice que «la aceptación, no obstante ser aplicable a la herencia el derecho español, se sujeta en cuanto a su forma a la del lugar en que ha tenido lugar», resulta que «si rige la forma del lugar donde tiene lugar la sucesión» (España), se precisa la correspondiente autorización judicial española (que es la ley que rige la sucesión) y no la holandesa independientemente del estatuto personal del heredero menor, tanto para la aceptación como para la partición –que conlleva acto

dispositivo—; que esto implica, según la ley española, el nombramiento de un defensor judicial o bien la correspondiente autorización judicial para la disposición de bienes de menores.

La notaria alega que los dos progenitores de los menores otorgan poder para realizar la partición, uno como legitimario e interesado en la partición, y el otro como representante legal del menor, dado que otorga el poder con su cónyuge para otorgar la escritura en España; además en la escritura se hace referencia al informe de vigencia de leyes solicitado al notario holandés en el que se aclara esta circunstancia, informe que acredita que los menores estaban legalmente representados en la partición por el progenitor con el que no existe conflicto de intereses en el caso concreto a que se refiere la escritura.

En primer lugar, en cuanto a la aceptación a beneficio de inventario, sentado anteriormente que a la ley personal y capacidad del menor se aplica el Derecho holandés (artículo 9.1 del Código Civil), y que a la sucesión se aplica la que ha elegido el causante por ejercicio de la «*professio iuris*» o en su caso el de su residencia al tiempo de fallecimiento (artículo 21 del Reglamento número 650/2012 que a continuación se indica), en consecuencia el derecho español, queda por determinar la ley aplicable a la forma de la aceptación a beneficio de inventario, para lo cual hay que acudir al Reglamento (UE) número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, que en su artículo 28 dispone lo siguiente: «Validez formal de una declaración relativa a una aceptación o una renuncia. Una declaración relativa a la aceptación o a la renuncia de la herencia, de un legado o de la legítima, o una declaración destinada a limitar la responsabilidad de la persona que la realice serán válidas en cuanto a la forma si reúnen los requisitos de: a) la ley aplicable a la sucesión en virtud de los artículos 21 o 22, o b) la ley del Estado en el que el declarante tenga su residencia habitual». En este supuesto, se ha aplicado el Derecho holandés, pues es en Holanda donde se ha realizado la declaración de aceptación a beneficio de inventario.

Ciertamente, en la escritura objeto de este expediente y en el escrito de interposición, se hace constar que la aceptación a beneficio de inventario en Holanda se realiza ante el secretario judicial competente, lo que es conforme la legislación holandesa un requisito formal, y se acredita incorporando a la escritura el acta de aceptación a beneficio de inventario en el Juzgado de la Haya.

En consecuencia, siendo que se han cumplido los requisitos exigidos por el Reglamento Sucesorio Europeo y por la legislación holandesa, nada más se puede exigir para la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

8. En cuanto a la partición, como resulta de los artículos 21, 22 y 28 del Reglamento Sucesorio Europeo, la ley aplicable es la española, tanto por ser la ley aplicable a la sucesión como por ser la del lugar de otorgamiento de la partición.

Como ha afirmado este Centro Directivo (vid. «*Vistos*»), de los artículos 162 y 163 del Código Civil se deduce que la representación de los menores en la partición corresponde a los padres que ejercen la patria potestad, y que en caso de intereses contrapuestos o conflicto de intereses con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad (párrafo segundo del artículo 162). La consecuencia a efectos de la partición, se recoge en el artículo 1060 del Código Civil, cuya reciente redacción por la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, no ha modificado el sentido del texto anterior: «Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial (...)».

En consecuencia, deben entenderse correctamente representados los menores en la partición siempre que la representación legal haya sido ostentada por aquel de los padres con el que no exista conflicto de intereses. Esta doctrina aplicable coincide además con la norma holandesa, que solo exige autorización judicial para la disposición de los bienes de los menores, y siendo que se trata de una partición y estando legalmente representados estos, no es necesaria la intervención ni la aprobación judicial.

Por otra parte, considera la registradora que, teniendo en cuenta «las circunstancias del caso concreto, realizando la partición hereditaria no conforme ha instituido el causante en su testamento –sextas partes indivisas a favor de sus nietos–, sino por novenas e iguales partes indivisas, y anulando la cláusula de desheredación por los menores representados; el acto no puede ser considerado como de mera partición, –atendiendo a las cuotas teóricas testamentarias– sino que evidencia una esencia dispositiva», y por ello requiere autorización o aprobación judicial de la partición. Ciertamente, estando interesados en la partición menores de edad, los actos que excedan de lo particional habrán de contar con la autorización judicial (vid. artículos 166, 1058 y 1060 del Código Civil). Pero no es menos cierto que la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida y, además, la estricta partición de la herencia no solo tiene que ajustarse a la voluntad del testador sino también a las superiores disposiciones legales de carácter imperativo, a las que el propio testador quedaba sujeto, como son las relativas al respeto de las legítimas, de modo que los herederos y demás cotitulares de la masa hereditaria deberán efectuar la partición ajustándose al testamento en la medida en que este resulte respetuoso con esas normas legales imperativas y, por tanto, con sujeción a las limitaciones legales o cargas en que consisten las legítimas.

En el presente caso no existe ninguna enajenación, renuncia, transacción o allanamiento, sino más bien, ante la falta de prueba de la certeza de la causa de desheredación, los herederos (y los representantes legales de los menores bajo su responsabilidad en el ejercicio de la patria potestad) deciden realizar la partición respetando la legítima estricta de los desheredados que niegan ser cierta la causa de desheredación invocada por el testador. Por ello, este defecto tampoco puede ser confirmado.

9. Por último, no ha de ser tenida en cuenta la alegación hecha por la recurrente respecto de la presentación en el Registro de una escritura anterior de constitución de usufructo sobre una de las fincas del inventario, ya que esta no ha sido objeto de calificación ni forma parte de este expediente. En este sentido, hay que recordar que conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Si bien se menciona en la calificación, la existencia de esa escritura en el Diario de presentación del Registro, su calificación corresponde a un acto posterior que aún no se ha producido.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada.

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, 5 de octubre de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.