

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3952 *Resolución de 24 de enero de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Las Palmas de Gran Canaria n.º 5 a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Alberto Blanco Pulleiro, notario de Las Palmas de Gran Canaria, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria número 5, don Francisco Javier Gómez Gállico, a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 8 de febrero de 2022 por el notario de Las Palmas de Gran Canaria, don Alberto Blanco Pulleiro, con el número 367 de protocolo, se formalizó la aceptación y adjudicación de herencia por fallecimiento de don F. R. S. En el testamento otorgado por el causante, manifestaba que estaba casado en segundas nupcias con doña M. C. R. S., «de quien actualmente se encuentra separado de hecho, habiendo cesado la relación y la convivencia con dicha señora desde hace más de tres años», legando a uno de sus hijos el usufructo de determinada finca e instituyendo herederos a sus cuatro hijos. La escritura fue otorgada únicamente por los mencionados herederos, quienes afirmaban que el causante estaba separado de su citada esposa.

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria número 5, fue objeto de la siguiente calificación:

«De conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria pongo en su conocimiento que el documento autorizado con fecha 08/02/2022 por el Notario de Las Palmas de Gran Canaria Don Alberto Blanco Pulleiro, número 367/2022 de protocolo, presentado el día 21/10/2022, ha sido calificado negativamente por don Francisco Javier Gómez Gállico, registrador titular del Registro de la Propiedad número cinco de Las Palmas, quedando suspendida su inscripción por los siguiente:

Hechos:

1. Presentado el precedente documento en esta Oficina el día 21/10/2022, bajo el asiento número 717 del Diario 155, número de entrada 8211.
2. El documento trata de una aceptación de herencia al fallecimiento de Don F. R. S., habiendo manifestado dicho señor en su testamento que se hallaba separado de hecho de Doña M. C. R. S., sin que se asignara cuota usufructuaria alguna.

Fundamentos de Derecho:

Artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 834 y 945 de Código Civil.

Defectos:

Para que pueda practicarse la inscripción en el Registro de la propiedad de la partición de herencia, sin la intervención de Doña M. C. R. S., por existir separación de

hecho, debe ésta ser probada. La separación, para privar de la legítima y por tanto del derecho a intervenir en la partición, tiene que ser una separación legal (por tanto, judicialmente a instancia de una de los cónyuges) o una separación de hecho (artículos 834 y 945 C.C.) pero en ambos casos tiene que estar probada ante el registrador que la va a calificar (artículo 18 LH). Para privar al cónyuge separado de hecho de los derechos hereditarios de su consorte, no basta con que sus herederos invoquen esta situación. La prueba de la separación de hecho puede tener lugar por acuerdo mutuo fehaciente, por acta de notoriedad, por la interposición de una demanda de separación, por ratificación del cónyuge que no interviene en la partición, o cualquier medio probatorio admitido en Derecho de carácter documental que pueda presentarse, pero no basta la mera manifestación del testador en el testamento. En definitiva, es preciso que la separación de hecho entre los cónyuges conste, fehacientemente, al tiempo de la muerte. Esta situación debe ser acreditada a través de cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho para poder ser inscrita la partición sin intervención del separado de hecho.

No se practica anotación de suspensión por no haber sido solicitada por el presentante. La anterior nota de calificación negativa podrá (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Francisco Javier Gómez Gállego registrador/a de Registro Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria 5 a día veinticinco de octubre del dos mil veintidós.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Alberto Blanco Pulleiro, notario de Las Palmas de Gran Canaria, interpuso recurso el día 28 de octubre de 2022 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«En la citada nota de calificación se hace constar (de manera resumida) que si bien el testador había otorgado testamento donde manifestaba encontrarse separado de hecho dicha manifestación no sería suficiente, sino que debe probarse ante el registrador.

No se comparten los argumentos del Registrador.

Primero. Porque la sucesión se ordena con arreglo a lo dispuesto en el título sucesorio. Manifiesta el registrador que “La separación, para privar de la legítima y por tanto del derecho a intervenir en la partición, tiene que ser una separación legal (por tanto, judicialmente a instancia de uno de los cónyuges) o una separación de hecho Pero en ambos casos tiene que estar probada ante el registrador que va a calificar. Para privar al cónyuge separado de hecho de los derechos hereditarios de su consorte, no basta con que sus herederos invoquen esta situación. La prueba de la separación de hecho puede tener lugar por acuerdo mutuo fehaciente, por acta de notoriedad, por la interposición de una demanda de separación, por ratificación del cónyuge que no interviene en la partición, o cualquier medio probatorio admitido en derecho de carácter documental que pueda presentarse, pero no basta la mera manifestación del testador en el testamento. En definitiva, es preciso que la separación de hecho entre los cónyuges conste, fehacientemente, al tiempo de la muerte”.

Este argumento (en mi opinión) extrapolado implicaría que la sucesión no se ordenaría sobre la base del último testamento otorgado (por ejemplo, diez años antes de la muerte) sino que debería acreditarse en el instante mismo del fallecimiento el concreto estado civil, los concretos legitimarios existentes en ese momento, sin que nos “fiásemos” de lo manifestado por el testador en el testamento.

Segundo. La Dirección General en supuestos de desheredación ya ha admitido la posibilidad de partición sin intervención del desheredado y aun la mera manifestación de los herederos respecto de la inexistencia de hijos o descendientes del desheredado (incluida la relativa al desconocimiento de la existencia de los mismos por todas Resoluciones de 29 de septiembre de 2010; de 6 de mayo de 2016; o de 1 de

septiembre de 2016); y desde luego la posibilidad de partición sin que se acredite la certeza de la causa de desheredación.

Así resolución de 29 de septiembre de 2010 “El problema de fondo radica en dilucidar si, desheredados los hijos del testador, y conservando sus descendientes ulteriores su derecho a la legítima (cfr. artículo 857 del Código Civil), basta con afirmar el desconocimiento de si existen tales descendientes ulteriores o es preciso algún tipo de acreditación de este extremo. Hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza. Incluso esta doctrina de la innecesariedad de probar tales hechos negativos ha sido mantenida por esta Dirección General en el supuesto de premoriencia de un heredero legitimario al señalar que no es preciso justificar que haya dejado descendientes que ostenten derecho a la legítima (Resolución de 3 de marzo de 1912). La cuestión ha sido suficientemente esclarecida desde hace tiempo por este Centro Directivo en las Resoluciones citadas en los Vistos y cuya doctrina debe ahora reiterarse una vez más. En efecto, es doctrina con más de un siglo de antigüedad (en concreto a partir de la Resolución de 2 de diciembre de 1897), que ni el Código Civil, ni la legislación especial, ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos o nombrados legatarios en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos si el instituido o los instituidos reunían ese carácter, o que no dejó ningún heredero forzoso si el nombrado era una persona extraña, por cuya razón no han establecido procedimientos destinados a obtener la justificación de semejante circunstancia negativa. Si inicialmente esa doctrina se aplicaba a supuestos en los que junto a la designación nominal de unos herederos existía otra hecha cautelarmente por circunstancias –la institución, junto con unos hijos específicamente designados, de los demás que en el futuro pudiera tener el testador– pasó igualmente (Resolución de 26 de junio de 1901) a aplicarse al supuesto de designación hecha simplemente por circunstancias –la institución hecha a favor de los hijos de determinada persona–, pero partiendo de la base de que los que concurrían como tales a la partición acreditaban estar incluidos en el llamamiento. Por todo ello, el artículo 82 del Reglamento Hipotecario establece que, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos podrán determinarse por acta de notoriedad. Esta exigencia deriva del reflejo en el Registro de la cláusula fideicomisaria, lo que no significa que deba extenderse a casos distintos de los contemplados en tal precepto.”

Resolución de 1 de septiembre de 2016 de la que extraigo “En consecuencia, cabe reconocer que con carácter general en el ámbito extrajudicial gozarán de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima... Sin embargo, esta doctrina no empece para que se niegue ab initio eficacia a las desheredaciones que no se funden en una causa de las tipificadas en la ley, o que se refieran a personas inexistentes al tiempo del otorgamiento del testamento, o a personas que, de modo patente e indubitado (por ejemplo, un recién nacido) resulte que no tienen aptitud ni las mínimas condiciones de idoneidad para poder haber realizado o ser responsables de la conducta que se les imputa. También debe poder deducirse del título de la sucesión, o del documento atributivo de la herencia, la aptitud genérica del desheredado para serlo... Por ello... si bien los llamados en testamento (o, en defecto de llamamiento testamentario, por ley) pueden, por si solos, realizar la adjudicación o partición de herencia, sin necesidad del concurso de los desheredados expresamente, es preciso que la autorización de la correspondiente escritura pública de herencia, otorgada sin la concurrencia de los expresamente desheredados, debe contener los datos suficientes para deducir, en los términos expresados, la plena legitimación de los otorgantes». En el supuesto de este expediente, también están reflejados completamente los datos precisos que acreditan la plena legitimación de la otorgante.”

A mayores el fundamento cuarto “4. En definitiva, como ha reiterado la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (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, como ya ha declarado reiteradamente el Centro Directivo, 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 – como ha recogido el recurrente en su escrito– 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). Por ello, debe concluirse que, en el caso de este expediente, no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que derivan la condición de heredera, por mucho que en él se haya ordenado una desheredación y en consecuencia, produce sus efectos la adjudicación de herencia realizada por esa única heredera tanto en cuanto no se haya producido una resolución judicial en virtud de reclamación de quien se considere injustamente desheredado”.

Tercero. En cuanto a la constatación del estado civil en el testamento recordar lo dispuesto en el Reglamento Notarial artículo 159...” También podrá hacerse constar a instancia de los interesados su situación de unión o separación de hecho.

Si el otorgante fuere casado, separado judicialmente o divorciado, y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual, o en su caso, anterior, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar, así como el régimen económico matrimonial.

Las circunstancias a que se refiere este artículo se harán constar por el notario por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes”

No se exige al testador que acredite si está casado, viudo, divorciado (según criterio reiterado por la Dirección General piénsese en los supuestos de compra por separado judicialmente o de divorciado, pero también en los casos de viudo o soltero por todas Resolución de 21 de enero de 2003; Resolución de 4 de noviembre de 2011; Resolución de 16 de noviembre de 1994; Resolución de 27 de febrero de 2013; Resolución de 28 de octubre de 2014). En particular en el ámbito sucesorio dicha falta de exigencia debe extenderse también a la condición de “separado de hecho”. Igual que no se exige que acredite el número de hijos o posibles legitimarios ni su condición de soltero (manifestada en el momento de otorgar el testamento que, según el caso, pudo tener lugar muchos años antes de la fecha de la defunción).

El ordenamiento jurídico de “lege ferenda” podría hacerlo pero de “lege lata” lo que establece es una serie de mecanismos que permiten a los legitimarios reaccionar en los supuestos en que sus derechos legítimos quedan conculcados (acción de preterición, de desheredación injusta, de complemento de legítima, de reclamación de legítima, de reducción de donaciones por inoficiosas, y con carácter general otras como de anulación del testamento en su caso) y lo dicho salvo (en mi opinión) que del tenor del testamento y de las circunstancias concurrentes y acreditadas resulte patente la conculcación de tales derechos en cuyos desde el punto de vista notarial y registra! no procedería otorgar la partición (por ejemplo desheredación sin expresión de causa o cambio de estado civil acreditado) lo cual no ocurre en el presente supuesto.

Lo contrario (insisto) obligaría en cada caso de ordenación de la sucesión sobre la base de un determinado título sucesorio a acreditar que lo manifestado por el testador en el testamento en relación a extremos tales como si sus padres han fallecido (caso de padres o ascendientes que en virtud de las circunstancias sean legitimarios), la inexistencia de hijos, el número de hijos manifestado, su real condición de viudo, o de separado judicialmente o de divorciado o incluso de soltero es cierto.

El Testador manifiesta en su testamento que está separado de hecho y ordenada la sucesión con arreglo a dicha situación (de hecho no reconoce derechos legitimarios al cónyuge viudo y lo dicho sin perjuicio que el hecho de hacer referencia a la separación de hecho no implique una desheredación con expresión de causa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 855.1 en la medida en que la separación de hecho implica un incumplimiento de los deberes conyugales cual es, por ejemplo, el de vivir juntos) y únicamente puede exigirse a los interesados en la sucesión y al notario autorizante que otorguen y ordenen la sucesión con arreglo a lo por él dispuesto en el testamento.

Distinto sería el supuesto en que el testador dispone de sus derechos a favor del cónyuge y posteriormente los interesados quisiesen privarlo de ese derecho sobre la base la existencia de una separación de hecho en cuyo caso sí se comparte el criterio del registrador de la necesidad de acreditar dicha separación por los medios señalados, pero, insisto, no se trata del caso objeto del presente recurso.»

IV

Mediante escrito, de fecha 31 de octubre de 2022, el registrador de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 397, 406, 657, 658, 806, 807, 818, 834, 835, 851, 855, 945, 1056, 1057 y 1079 del Código Civil; 321 y 783.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 978 y 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; 18 de la Ley Hipotecaria; 159 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989 y 18 de julio de 2012; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1994, 22 de octubre de 1999, 21 de enero de 2003, 1 de marzo de 2006, 25 de febrero de 2008, 9 de marzo de 2009, 29 de septiembre de 2010, 4 de noviembre de 2011, 23 de mayo y 6 de marzo de 2012, 27 de febrero y 13 de junio de 2013, 12 y 16 de junio, 4 de julio, 15 de septiembre, 28 de octubre, 21 de noviembre y 29 de diciembre de 2014, 6 de mayo, 2 de agosto y 1 de septiembre de 2016, 10 de abril, 29 de junio, 25 de julio y 31 de agosto de 2017, 22 de febrero, 2 de abril, 5 de junio, 5 de julio, 2 de agosto, 7, 10 y 17 de septiembre y 19 y 31 de octubre de 2018, 14 de febrero, 1 de marzo y 6 y 7 de noviembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 10 de junio, 28 y 29 de septiembre y 29 de octubre de 2020 y 2 de febrero, 11 de mayo, 20 de julio, 21 y 28 de noviembre y 12 de diciembre de 2022.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación con base en un testamento en el cual, después de manifestar el testador que está casado en segundas nupcias con doña M. C. R. S., «de quien actualmente se encuentra separado de hecho, habiendo cesado la relación y la convivencia con dicha señora desde hace más de tres años», lega a uno de sus hijos el usufructo de determinada finca e instituye herederos a sus cuatro hijos.

La escritura fue otorgada únicamente por los mencionados herederos, quienes afirman que el causante estaba separado de su citada esposa.

El registrador basa su negativa a la inscripción solicitada en que, a su juicio, al no intervenir la esposa del causante, debe probarse la separación de hecho, pudiendo tener lugar la prueba «por acuerdo mutuo fehaciente, por acta de notoriedad, por la interposición de una demanda de separación, por ratificación del cónyuge que no interviene en la partición, o cualquier medio probatorio admitido en Derecho de carácter documental que pueda presentarse, pero no basta la mera manifestación del testador en el testamento».

El notario recurrente alega: a) que el argumento del registrador implicaría que la sucesión no se ordenaría sobre la base del último testamento otorgado sino que debería acreditarse en el instante mismo del fallecimiento el concreto estado civil, los concretos

legitimarios existentes en ese momento, sin que fuera suficiente lo manifestado por el testador en el testamento; b) que, en supuestos de desheredación, este Centro Directivo ya ha admitido la posibilidad de partición sin intervención del desheredado con la mera manifestación de los herederos respecto de la inexistencia de hijos o descendientes del desheredado, y sin que se acredite la certeza de la causa de desheredación, y c) que, en cuanto a la constatación del estado civil en el testamento, cabe recordar lo dispuesto en el Reglamento Notarial artículo 159, según el cual la situación de separación de hecho del otorgante se hará constar por el notario por lo que resulte de las manifestaciones de aquél.

2. La especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de la misma (artículo 1057, párrafo primero, del Código Civil), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una «pars bonorum», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «pars valoris bonorum». Por ello se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado, para preservar la intangibilidad de su legítima (cfr. las Resoluciones de 1 de marzo de 2006, 25 de febrero de 2008, 13 de junio de 2013, 15 de septiembre y 29 de diciembre de 2014, 2 de agosto de 2016, 10 de abril y 29 de junio de 2017, 22 de febrero, 5 de julio, 17 de septiembre y 31 de octubre de 2018, 14 de febrero de 2019 y 29 de septiembre de 2020, entre otras citadas en el apartado «Vistos» de la presente). Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados (vid. Resoluciones de 25 de febrero de 2008, 9 de marzo de 2009, 6 de marzo de 2012 y 12 y 16 de junio y 4 de julio de 2014).

La necesaria intervención del legitimario ha sido exigida, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989, al resolver la cuestión que se reduce a determinar si cabe la posibilidad de ejercicio por uno o varios herederos forzosos de la acción de complemento de la legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario y, por tanto, antes de conocerse a cuánto asciende el importe de la legítima estricta correspondiente a cada heredero, resolviendo asimismo si se puede producir una infracción del artículo 818 del Código Civil en relación con el 657 y una aplicación indebida del artículo 1079 en relación con los artículos 1056, 1057 y 818. Según esta sentencia, incluso tratándose de partición hecha por contadores-partidores, en la ejecución de la misma «será cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global (...), ha percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta». Así, no es posible ejercer las acciones de rescisión o de complemento en su caso «sin antes conocer el montante del “quantum” o valor pecuniario que, por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento o fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del citado Código, lo que presupone la práctica de las pertinentes operaciones particionales».

También la Sentencia de 18 de julio de 2012 pone de relieve que el legatario que es también legitimario debe intervenir y consentir la partición practicada por los herederos, pues lo contrario podría permitir que se repartiese la herencia sin tener en cuenta sus derechos legitimarios.

No cabe dejar al legitimario la defensa de su derecho a expensas de unas «acciones de rescisión o resarcimiento» o la vía declarativa para reclamar derechos hereditarios y el complemento de la legítima, ejercitables tras la partición hecha y consumada, lo que puede convertir la naturaleza de la legítima de Derecho común, que por reiteradísima doctrina y jurisprudencia es «pars bonorum», en otra muy distinta («pars valoris»), lo que

haría que el legitimario perdiese la posibilidad de exigir que sus derechos, aun cuando sean reducidos a la legítima estricta y corta, le fueran entregados con bienes de la herencia y no otros. Y esta doctrina se aplicará aun cuando se haya citado a los legitimarios fehacientemente y no hayan comparecido, ya que conforme reiterada doctrina de este Centro Directivo, la circunstancia de citación a los legitimarios para formación del inventario, no altera la necesidad de su consentimiento.

Como afirmó esta Dirección General en Resolución de 2 de agosto de 2016, cuando la legítima es «pars hereditatis», «pars bonorum» o «pars valoris bonorum», el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, puede podrá reclamar judicialmente la división de la herencia y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador-partidor. Por lo tanto, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (artículo 1057, párrafo primero, del Código Civil), y aunque el testador considere que el legitimario ha sido satisfecho en sus derechos, la comparecencia e intervención de éste es inexcusable, a fin de consentir las operaciones particionales de las que resulte que no se perjudica su derecho de carácter forzoso.

Respecto del cónyuge viudo, no es necesario abordar ahora la cuestión relativa a la naturaleza de su legítima, sobre la cual existe un general consenso en que existe un llamamiento directo «ex lege» a la misma, postura seguida por la Resolución de este Centro Directivo de 22 de octubre de 1999. Y este mismo Centro ha afirmado que, por ser legitimario, es necesaria su intervención en la partición hereditaria (Resoluciones de 22 de febrero y 31 de octubre de 2018 y 12 de diciembre de 2022, entre otras), pues mientras que no se realice la partición de la herencia y por tanto se adjudiquen bienes concretos a herederos determinados, existe una comunidad hereditaria de la que no solo forman parte los herederos, sino todos los llamados a la sucesión por sus cuotas, lo que incluye a los legitimarios y a los legatarios de parte alícuota (cfr. el artículo 783.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual, solicitada la división judicial de la herencia, se reconoce expresamente al cónyuge viudo el derecho a intervenir en la partición).

En consecuencia, mientras exista dicha comunidad hereditaria, son aplicables las normas generales de la comunidad de bienes (ex artículo 406 del Código Civil) por lo que no pueden realizarse actos dispositivos sobre bienes de la herencia sin el consentimiento unánime de todos los partícipes (ex artículo 397 del Código Civil).

3. Hechas las anteriores consideraciones, no puede admitirse una partición hereditaria sin la intervención del cónyuge viudo sobre la base, únicamente, de la afirmación del testador o de los herederos acerca de la situación de separación de hecho de los cónyuges.

Como ha afirmado este Centro Directivo (vid. las Resoluciones de 23 de mayo de 2012, 5 de junio de 2018, 6 de marzo de 2019 y 20 de julio de 2022) «siempre es necesario que resulte de la escritura atributiva de bienes hereditarios cuáles son los sujetos interesados en la herencia, y que –sin llegar a una prueba diabólica– se justifique o se refiera la inexistencia de otras personas que por llamamiento legal o testamentario pudieran tener algún derecho en la sucesión, de modo que se infiera la legitimación de los otorgantes, per se, para la adjudicación de los bienes relictos (...)».

En el presente supuesto, frente a las alegaciones del recurrente, no puede identificarse el supuesto de inexistencia de otras personas interesadas en la herencia que las llamadas como tales en el título sucesorio –un hecho negativo que no es necesario probar– con la posibilidad de prescindir en la partición de las que sí han sido llamadas, pues la exclusión de éstas en la partición de la herencia exige justificar por qué no se les atribuyen los derechos a los que han sido llamados. Existiendo un llamamiento legal al cónyuge viudo por su legítima, habrá que probar la razón por la que el mismo no tiene efectividad (cfr. la Resolución de 5 de junio de 2018).

No puede compartirse el criterio del recurrente cuando alega que la calificación impugnada contradice la doctrina de esta Dirección General sobre el valor que se atribuye al testamento como título de la sucesión. Una cosa es que, por ejemplo y como

afirma este Centro Directivo en la Resolución de 2 de agosto de 2018, se concluya que, a efectos registrales, es necesaria 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 así como para la determinación del carácter de la preterición como errónea o intencional, y otra cosa es que se prive al legitimario de su derecho a intervenir en la partición que practiquen los herederos para así velar por la intangibilidad de su legítima. Y es que, en un caso como el presente, no se trata de la ineficacia del título de la sucesión sino de garantizar al legitimario que no ha sido desheredado la «pars bonorum» en que consiste su legítima, por lo que como cotitular del activo hereditario debe intervenir en la determinación y adjudicación del mismo. Si se tuviera que pasar, aun provisionalmente, por la mera declaración del testador o de los herederos sobre la situación de separación de hecho del cónyuge viudo, quedaría reducida su posición respecto de la que el propio legislador le atribuye al calificarlo como heredero forzoso. Por lo tanto, de no probarse dicha situación, su comparecencia e intervención es inexcusable, a fin de consentir las operaciones particionales de las que resulte que no se perjudica su legítima.

Por otra parte, respecto de la pretendida asimilación del presente caso al de desheredación injusta, debe tenerse en cuenta que una cosa es que en esta última hipótesis deba pasarse, al realizar la partición, por la declaración de desheredación expresada por el testador mientras el desheredado no contradiga judicialmente la certeza de la causa de desheredación (vid. artículo 851 del Código Civil), y otra cosa bien diferente es que en casos como el del presente recurso, aun respetando el valor del testamento como ley de la sucesión, deba intervenir dicha heredera forzosa en la partición; intervención que no puede quedar al arbitrio del testador ni de los herederos, quienes con su mera manifestación sobre la situación de separación de hecho que no se ajustara a la realidad dejarían sin efecto la intangibilidad de la legítima del cónyuge viudo.

También ha puesto de relieve esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 25 de julio y 31 de agosto de 2017, 2 de abril, 7 y 10 de septiembre y 19 de octubre de 2018, 1 de marzo y 6 y 7 de noviembre de 2019, 10 de junio, 28 de septiembre y 29 de octubre de 2020 y 2 de febrero, 11 de mayo y 21 y 28 de noviembre de 2022) que «(...) tanto registradores de la propiedad como notarios, complementariamente, desempeñan un papel fundamental en la seguridad jurídica preventiva, por lo que el instrumento público así como la inscripción deben procurar reflejar de forma cierta todas aquellas circunstancias referentes a la capacidad de los otorgantes, como edad o circunstancias modificativas de la capacidad, estado civil, nacionalidad, vecindad civil, o régimen económico matrimonial que incidan de presente o de futuro en la validez del negocio jurídico o de la relación jurídico real constituida (...)».

Por todo ello, debe confirmarse el criterio del registrador, quien, por lo demás expresa distintas vías para –a los efectos de la inscripción– dar por probada la situación de separación de hecho («por acuerdo mutuo fehaciente, por acta de notoriedad, por la interposición de una demanda de separación, por ratificación del cónyuge que no interviene en la partición, o cualquier medio probatorio admitido en Derecho de carácter documental»).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar 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, 24 de enero de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.