

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11188 *Resolución de 9 de junio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Cáceres n.º 1, por la que se suspende una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Andrés María Sánchez Galainena, notario de Arroyo de la Luz, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Cáceres número 1, doña María Rosa Fuentes Cruz, por la que se suspende una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 15 de septiembre de 2020 por el notario de Arroyo de la Luz, don Andrés María Sánchez Galainena, se otorgaron las operaciones particionales causadas por el fallecimiento de doña A. D. S., fallecida el día 9 de julio de 2020 en estado de viuda y de cuyo matrimonio tuvo dos hijos, llamados doña C. y don F. J. R. D. Doña C. R. D. había fallecido el día 30 de junio de 2010, dejando viudo –don R. A. G. B.– y tres hijos –don R., don A. y don O. G. R.–. Ocurrió el óbito de doña A. D. S. bajo la vigencia de su último testamento, otorgado el día 13 de agosto de 2019 ante el mismo notario citado antes, en el que, entre otras que no interesan, ordenó: a favor de su hijo don F. J. R. D., con cargo al tercio de mejora, diversos legados de un inmueble y de la mitad de metálico, dinero y productos bancarios; a favor de su nieto don R. G. R., con cargo al tercio de mejora, la otra mitad del metálico, dinero y productos bancarios; en la cláusula cuarta, en el remanente, instituye herederos por partes iguales a su hijo don F. J. R. D. y a su nieto don R. G. R., con sustitución vulgar, para los casos de premoriencia, conmoriencia, e incapacidad para suceder, por sus respectivos descendientes y, a falta de éstos, con derecho de acrecer entre ellos; por último, en la cláusula quinta, manifiesta la testadora que «la parte correspondiente a la legítima de su hija Doña C. R. D., ya ha sido compensada a través de las donaciones efectuadas en vida». Otorgaban la escritura el hijo y el nieto llamados en el testamento.

Mediante escritura de complemento autorizada el día 3 de agosto de 2021 por el mismo notario, se expresaba que se otorgaba al «objeto de acreditar que Don F. J. R. D. y Don R. G. R., son los únicos herederos testamentarios de Doña A. D. S. en base a lo dispuesto por dicha señora en la cláusula cuarta de su referido testamento y en relación a lo manifestado por la misma en la cláusula quinta del citado testamento, por lo que a los solos efectos de quedar constancia fehaciente de que Don F. J. R. D. y Don R. G. R. son los únicos herederos de Doña A. D. S., se me hace entrega del acta de manifestaciones otorgada por Doña C. R. D. (hija de la causante), el día 19 de Junio de dos mil uno, en Logrosán, por el Notario que suscribe siendo en la citada fecha Notario titular de la citada localidad, en cuya acta Doña C. R. D. manifestó lo siguiente: 1.º Ser hija de los consortes Don C. R. G. y Doña A. D. S. 2.º Que como consecuencia de las donaciones que sus padres le han hecho en vida ha adquirido bienes suficientes para llenar el derecho que le pueda corresponder a las legítimas de los bienes hereditarios en la sucesión de cualquiera de ellos. Y 3.º Que si bien reconoce que no puede renuncia [sic] a la herencia de ninguno de sus padres, pues la Ley no se lo permite por cuanto ambos viven en el momento actual, sí quiere declarar en este acto a los efectos oportunos que se da por pagada de sus derechos hereditarios con las cantidades y

donaciones hasta el momento percibidas de sus progenitores». Incorporaba una copia autorizada de la citada acta de manifestaciones de fecha 19 de junio de 2001.

Mediante escritura, otorgada el día 30 de septiembre de 2021 ante el mismo notario por don F. J. R. D., se requirió «interpellatio in iure» a los nietos de la causante, don A. y don O. G. R. a los efectos de que, en el plazo legal, aceptasen pura y simplemente la herencia, o a beneficio de inventario o renunciasen a ella. El día 4 de noviembre de 2021, los dos nietos notificados comparecieron por diligencia en la que se les entregaba copia simple de la escritura de partición de fecha 15 de septiembre de 2020 y manifestaban lo siguiente: «1.º Que no pueden aceptar ni renunciar a una herencia donde ellos no han sido designados. 2.º Que una vez estudiado el documento que se les entrega, se reservan el derecho a deliberar si ejercitan o no por vía judicial la acción de preterición».

II

Presentadas el día 16 de febrero de 2022 las referidas escrituras en el Registro de la Propiedad de Cáceres número 1, fueron objeto de la siguiente nota de calificación:

«Entrada N.º: 4344 del año: 2.021.
Asiento N.º: 1.706 Diario: 191.
Presentado el 04/08/2021 a las 11:05.
Protocolo: 1438: Notario: don Andrés María Sánchez Galainena.
Fecha del documento: 15 de septiembre de 2021 Objeto: aceptación y adjudicación de herencia.
Datos de presentación: 16 de febrero de 2022, asiento 2214 diario 193.

Hechos:

Se presenta escritura pública de herencia en la que la causante fallece en estado de viuda, habiendo tenido dos hijos, Doña C. y don F. J. R. D., habiéndole premuerto su hija doña C., dejando tres hijos, don R., don A. y don O. G. R.

Dicha causante falleció bajo testamento en el que después de unos legados de bienes determinados a su hijo don F. J. R. D. y a su nieto don R. G. R., hijo de su hija premuerta, instituye herederos a estos mismos, y manifiesta la testadora, que la parte correspondiente a la legítima de su hija doña C., ya ha sido compensada a través de donaciones efectuada en vida.

Otorgan la escritura de partición calificada los dos herederos citados. Se acompaña escritura de complemento de otra, otorgado por el notario autorizante de la primera, en la que hace constar que se le hace entrega de un acta otorgada por la hija premuerta, antes del fallecimiento de la causante, la cual se incorpora a la escritura de complemento, en la que la misma manifiesta que se da por pagada de sus derechos hereditarios con las cantidades y donaciones hasta ese momento percibidas de sus progenitores.

Esta escritura y la de complemento ya fueron calificadas con fecha 25 de agosto de 2021, presentándose nuevamente acompañadas de acta de interpelación del artículo 1005 del Código Civil, ante el mismo Notario, de fecha 30 de septiembre de 2021, por la que D. F. R. D. requiere al Notario para que notifique a los nietos D. A. y D. O. G. R., a los efectos previstos en el citado artículo, resultando que comparecieron en plazo, pero sin aceptar ni repudiar.

Defecto:

Se suspende la inscripción solicitada al ser necesaria la intervención de los herederos forzosos de la causante, no habiendo comparecido en la escritura que se califica don A. y don O. G. R.

Fundamentos de Derecho:

1.º Esta calificación la practica la registradora de la propiedad competente por razón del lugar en que radica la finca, en el ámbito de sus facultades de calificación atribuidas en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes de su Reglamento.

2.º Los dos nietos don A. y don O. G. R., son herederos forzosos conforme a lo dispuesto en el artículo 807 del Código Civil, y no habiendo sido preterida su madre, no se consideran preteridos, como resulta de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 814 del Código Civil. Por otra parte, no siendo válida la renuncia anticipada por su madre, no se consideran excluidos, por lo que es necesaria su conformidad para efectuar la partición a falta de contador partidor.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en reiteradas resoluciones insiste en la necesaria intervención de los legitimarios en la partición de la herencia, para la defensa cuantitativa y cualitativa de sus derechos legitimarios.

La Resolución de 25 de febrero de 2008, en un supuesto en que la testadora nombra como herederos a dos de sus hijos, señalando que a su tercera hija le donó en vida una finca con la que quedó pagada de su legítima, señala que la legítima en Derecho Común se configura como “pars bonorum”, lo que impone 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 ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima (Resoluciones 13/02/2015; 17/09/2018 y 15/06/2020, en el mismo sentido).

3.º Por lo que se refiere al acta de manifestaciones incorporado a la escritura de complemento, no se admite en nuestro derecho los pactos sobre la legítima, conforme a lo dispuesto en el artículo 816 del Código Civil, que dice “Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción. La renuncia no puede efectuarse antes del fallecimiento del causante, conforme al artículo 991 del Código Civil cuyo tenor literal es el siguiente: “Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia.” Y el artículo 990 del Código Civil que dice: “La aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente.” Por lo tanto, no puede entenderse renunciada la herencia por Doña C. R. D., por lo que sus hijos no pueden ser excluidos por la vía del artículo 766 y han de ser tenidos en cuenta para la validez de la partición.

4.º Por lo que se refiere al acta de interpelación presentada, se entiende que no subsana la falta de conformidad a la partición, ya que su finalidad es que el interpelado se pronuncie sobre si acepta o no la herencia, teniéndole por aceptante si no se pronuncia en el plazo señalado en el artículo 1005 del Código Civil, pero una cosa es la aceptación y otra la partición. En ese sentido téngase en cuenta la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de junio de 2019, que en su fundamento de derecho tercero señala que “hay que diferenciar previamente el acto de aceptación de la herencia del de su partición y adjudicación. El hecho de que uno de los herederos acepte la herencia no significa que haya prestado su consentimiento para la partición de la misma”. La Dirección General, en esa y otras resoluciones, ha puesto de manifiesto que una cosa es que la herencia haya de tenerse por aceptada en virtud del procedimiento del artículo 1005 del C.C., y otra muy distinta que para la partición no haya de contarse con los herederos forzosos cuyo consentimiento se omite en la escritura calificada.

En el caso que nos ocupa los interpelados comparecieron, pero sin aceptar ni repudiar, por lo que, aunque se interpretara como aceptación, por lo anteriormente expuesto, en nada cambia la necesidad de su conformidad expresa a la partición efectuada en la escritura objeto de calificación.

Contra el presente acuerdo de calificación (...)

Cáceres, a 3 de marzo de 2022.—La registradora (firma ilegible), Fdo.: María Rosa Fuentes Cruz.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Andrés María Sánchez Galainena, notario de Arroyo de la Luz, interpuso recurso el día 4 de abril de 2022 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Primero. La Registradora en su calificación obvia toda una serie de normas jurídicas que informan nuestro ordenamiento jurídico y que son base esencial para interpretar nuestro sistema hereditario y por ende legitimario, aparte de confundir en su interpretación conceptos tan diferenciados como el de heredero y legitimario.

Segundo. Obvia que la voluntad del testador es Ley suprema en la sucesión, máxime cuando esta además se ve corroborada por las propias manifestaciones de los legitimarios mientras vivían, véase su hija C., quien manifestó lo que manifestó mientras vivía, cuestión que después de fallecido es muy difícil de manifestar.

Tercero. Obvia también, que la testadora en su testamento determina con claridad y determinación como quiere que sea la partición de sus bienes, respetando claramente las legítimas, pues éstas en nuestro ordenamiento jurídico pueden entregarse en vida y así lo manifestó su destinataria.

Es claro que todos los herederos han de estar presentes en la partición, claro que sí, pero los nombrados en el testamento, los que no están, o ya han recibido bienes no entiendo sean necesario, pero es más, en el caso que nos ocupa, los pretendidos olvidados comparecen, lo hacen activamente, tienen perfecto conocimiento de las operaciones particionales y de inventario y hacen manifestaciones en torno a las mismas, por lo que conocen su alcance y quedan perfectamente informados, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y menos en este supuesto donde los pretendidos legitimarios ausentes ya tenían copia del testamento muy pocos días después del fallecimiento de su abuela.

No es aplicable a este caso el Art. 816 del Código Civil en los términos en los que la Registradora lo introduce, no hay ni renuncia, ni transacción sobre la legítima futura, la hija de la testadora, con perfecto conocimiento del alcance de sus declaraciones hace constar que ha recibido bienes suficientes para cubrir su legítima, no renunciando a nada, ni transigiendo, simplemente informando de tal circunstancia, con perfecta identificación de su persona y de sus declaraciones.

Tampoco es aplicable a este caso el Art. 991, aquí la herencia se ejecuta en su totalidad, no hay aceptación ni previa, ni parcial, ni con condiciones, ni siquiera por lo pretendidos legitimarios cuando toman conocimiento de la misma, los que se limitan a contestar que no pueden aceptar ni renunciar por no haber sido llamados.

Tampoco tiene en cuenta la Registradora, el espíritu de la Ley de Jurisdicción voluntaria del 2015, que si precisamente algo pretende es que estos procesos no se eternicen, a lo que en este caso colabora concienzudamente, pues la herencia se otorga por todos los herederos y legitimarios nombrados en el testamento, quedan perfectamente identificados los no nombrados y meridianamente claro el motivo por el que no son llamados a la sucesión.

Es este el sentido que la norma le da a la interpelación del Art. 1005, evitar que las herencias queden sin resolver, cuando los que no les interese, puedan dilatar exageradamente la resolución de la misma, en perjuicio de los nombrados.

En el mismo precepto, en ningún momento se alude que dicha interpelación haya de ser anterior o posterior al otorgamiento de la escritura y máxime en un caso como el que nos ocupa, en el que todos los nombrados han comparecido y los no llamados están cumplidamente informados.

La Resolución de 23 Mayor [sic] de 2012 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública [sic] en supuesto de desheredación, alude a que los supuestos desheredados estén perfectamente identificados en el testamento y en el mismo se haga constar de forma inequívoca la causa de desheredación. En el [sic] supuestos que nos ocupa, si bien no es caso de desheredación, lo que sí queda claro es que los legitimarios quedan perfectamente identificados y la causa por la que no son llamados también, no sólo aludida sino también documentada.»

IV

Mediante escrito, de fecha 7 de abril de 2022, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 657, 806, 807, 813, 818, 1035, 1056, 1057, 1058 y 1060 del Código Civil; 14 de la Ley Hipotecaria; 76, 78, 80 y 81 del Reglamento Hipotecario, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1973, 12 de junio de 1985, 8 de marzo de 1989, 17 de enero de 2003 y 18 de julio de 2012, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de marzo de 1927, 15 de julio de 1943, 27 de diciembre de 1982, 12 de noviembre de 1985, 27 de enero de 1987, 14 de marzo de 1991, 10 de enero de 1994, 6 de febrero y 3 de abril de 1995, 24 de marzo de 2001, 15 y 17 de mayo, 19 de septiembre y 6 de noviembre de 2002, 11 de marzo, 13 de mayo, 21 de junio y 15 de septiembre de 2003, 29 de marzo, 14 de septiembre y 4 de noviembre de 2004, 31 de marzo, 23 de abril y 13 de octubre de 2005, 1 de marzo y 14 de diciembre de 2006, 20 de julio y 17 de agosto de 2007, 25 de febrero y 16 de septiembre de 2008, 9 de marzo y 14 de septiembre de 2009, 13 de diciembre de 2010, 10 de enero, 6 de marzo, 23 de mayo, 4 de septiembre, 31 de octubre y 11 de diciembre de 2012, 29 de enero, 13 y 18 de junio y 11 de julio de 2013, 12 y 16 de junio, 4 de julio, 15 de septiembre y 29 de diciembre de 2014, 13 de febrero de 2015, 18 de julio y 2 de agosto de 2016, 19 de enero, 4 y 10 de abril, 29 de junio, 22 de septiembre y 4 de octubre de 2017, 9 de enero, 22 y 28 de febrero, 5 de julio, 17 de septiembre y 31 de octubre de 2018 y 14 de febrero y 28 de junio de 2019, entre otras.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren los hechos y circunstancias siguientes:

– La escritura de partición es de fecha 15 de septiembre de 2020. La causante falleció el día 9 de julio de 2020 en estado de viuda, y de su matrimonio tuvo dos hijos llamados doña C. y don F. J. R. D. Doña C. R. D. había fallecido anteriormente –el día 30 de junio de 2010–, dejando tres hijos –don R., don A. y don O. G. R.–.

– En el último testamento de la causante, de fecha 13 de agosto de 2019, dispuso: a favor de su hijo don F. J. R. D., con cargo al tercio de mejora, diversos legados de un inmueble y de la mitad de metálico, dinero y productos bancarios; a favor de su nieto don R. G. R., con cargo al tercio de mejora, la otra mitad del metálico, dinero y productos bancarios; en la cláusula cuarta, en el remanente, instituye herederos por partes iguales a su hijo don F. J. R. D. y a su nieto don R. G. R., con sustitución vulgar, para los casos de premoriencia, conmoriencia, e incapacidad para suceder, por sus respectivos descendientes y, a falta de éstos, con derecho de acrecer entre ellos; por último, en la cláusula quinta, manifiesta la testadora que «la parte correspondiente a la legítima de su hija Doña C. R. D., ya ha sido compensada a través de las donaciones efectuadas en vida». Otorgan la escritura el hijo y el nieto llamados en el testamento.

– En escritura de complemento, de fecha 3 de agosto de 2021, se otorga que «objeto de acreditar que Don F. J. R. D. y Don R. G. R., son los únicos herederos testamentarios de Doña A. D. S. en base a lo dispuesto por dicha señora en la cláusula cuarta de su referido testamento y en relación a lo manifestado por la misma en la

cláusula quinta del citado testamento, por lo que a los solos efectos de quedar constancia fehaciente de que Don F. J. R. D. y Don R. G. R. son los únicos herederos de Doña A. D. S., se me hace entrega del acta de manifestaciones otorgada por Doña C. R. D. (hija de la causante), el día 19 de Junio de dos mil uno, en Logrosán, por el Notario que suscribe siendo en la citada fecha Notario titular de la citada localidad, en cuya acta Doña C. R. D. manifestó lo siguiente: 1.º Ser hija de los consortes Don C. R. G. y Doña A. D. S. 2.º Que como consecuencia de las donaciones que sus padres le han hecho en vida ha adquirido bienes suficientes para llenar el derecho que le pueda corresponder a las legítimas de los bienes hereditarios en la sucesión de cualquiera de ellos. Y 3.º Que si bien reconoce que no puede renuncia [sic] a la herencia de ninguno de sus padres, pues la Ley no se lo permite por cuanto ambos viven en el momento actual, sí quiere declarar en este acto a los efectos oportunos que se da por pagada de sus derechos hereditarios con las cantidades y donaciones hasta el momento percibidas de sus progenitores». Incorpora una copia autorizada de la citada acta de manifestaciones de fecha 9 de junio de 2001.

– Mediante acta, de fecha 30 de septiembre de 2021, por don F. J. R. D. se requirió, conforme al artículo 1005 del Código Civil, a los nietos de la causante, don A. y don O. G. R. a los efectos de que en el plazo legal aceptaran pura y simplemente la herencia, o a beneficio de inventario o renunciaran a ella. El día 4 de noviembre de 2021, los dos nietos comparecen por diligencia y se les entrega copia simple de la escritura de partición de fecha 15 de septiembre de 2020 y, manifiestan lo siguiente: «1.º Que no pueden aceptar ni renunciar a una herencia donde ellos no han sido designados. 2.º Que una vez estudiado el documento que se les entrega, se reservan el derecho a deliberar si ejercitan o no por vía judicial la acción de preterición».

La registradora señala como defecto que es necesaria la intervención de los herederos forzosos de la causante en la escritura de partición de la herencia.

El notario recurrente alega lo siguiente: que la voluntad del testador es ley suprema en la sucesión, y además se ve corroborada por las propias manifestaciones de los legitimarios mientras vivían; que la testadora en su testamento determinó cómo quiere que sea la partición de sus bienes, respetando claramente las legítimas, pues éstas pueden entregarse en vida y así lo manifestó su destinataria; que los pretendidos olvidados comparecen, lo hacen activamente, tienen perfecto conocimiento de las operaciones particionales y de inventario y hacen manifestaciones en torno a las mismas, por lo que conocen su alcance y quedan perfectamente informados, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; que no hay renuncia ni transacción sobre la legítima futura sino que manifiesta que ha recibido bienes suficientes para cubrir su legítima; que los legitimarios pretendidos se limitan a contestar que no pueden aceptar ni renunciar por no haber sido llamados.

2. Ciertamente, 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». De ahí que 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 el legitimario, 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 y 14 de febrero de 2019, 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, que reconoce las acciones que corresponden a los legitimarios: Se reduce en 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, por lo que se puede producir una infracción del artículo 818 del Código Civil en relación con el 657 y aplicación indebida de los artículos 1075 y 1079 del Código Civil en relación con los 1056 y 818. 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 pues, no es posible ejercer las acciones de rescisión o de complemento en su caso sino hasta saber 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 y fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con la deducción de las deudas y de las cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del Código Civil, lo que permite 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 interponer el juicio de testamentaria 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.

3. En el presente caso los legitimarios de la causante son: el único hijo sobreviviente y, por premoriencia de la otra hija, los hijos de ésta, nietos de la testadora. Así, no han intervenido en la escritura de partición dos de los nietos que son legitimarios. Por tanto, no habiendo contador-partidor designado para realizar la partición, se hace necesaria la intervención de esos nietos que no lo han hecho en la escritura de adjudicación de la herencia y no puede más que confirmarse la calificación.

Por otra parte, como bien ha señalado la registradora, los dos nietos no intervinientes en la partición son herederos forzosos conforme a lo dispuesto en el artículo 807 del Código Civil y, no habiendo sido preterida su madre, no se consideran preteridos – artículo 814, párrafo tercero del Código Civil–, sin que la mención de la legítima de su

hija premuerta –30 de junio de 2010– al tiempo del otorgamiento del testamento –13 de agosto de 2019–, sabiendo la testadora de ese fallecimiento, excuse de la conformidad de esos nietos legitimarios para realizar la partición.

4. Alega el recurrente que la voluntad del testador es ley de la sucesión, y que además «se ve corroborada por las propias manifestaciones de los legitimarios mientras vivían».

Ciertamente, la voluntad del testador es ley suprema en la partición, pero no absoluta, ya que tiene su límite en el respeto a los derechos de los legitimarios. Establece el último párrafo del artículo 814 del Código Civil que «a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador».

Por otra parte, las referidas manifestaciones fueron hechas por quien no llegó a ser legitimaria nunca por haber premuerto a la testadora, y en los términos en que fueron expresadas no puede considerarse como una renuncia o transacción sobre la legítima futura a los efectos de lo establecido en el artículo el 816 del Código Civil («toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción»), que se completa con lo dispuesto en el artículo 991 respecto del posible derecho a una herencia («nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia»). Pero esos dos nietos de la testadora, hijos de su hija premuerta, son herederos forzosos y, como tales, tienen derecho a intervenir en la partición para la defensa cuantitativa y cualitativa de su legítima, sin que las manifestaciones realizadas en vida por su madre, antes del fallecimiento de la causante, dándose por pagada de sus derechos legitimarios, les prive de los mismos, pues es en el momento del fallecimiento de la causante y no el de las manifestaciones realizadas en vida –casi veinte años antes– cuando ha de determinarse quiénes son los legitimarios y cuál es la cuantía de la legítima.

5. Ciertamente, la legítima puede ser entregada en vida por vía de donación, pero es en el momento de la partición de la herencia cuando habrán de traerse a colación o reducirse por inoficiosas las donaciones, y siempre con la intervención de los legitimarios, ya que el de formulación del inventario de bienes y avalúo es el momento en el que se realiza el cálculo de la legítima, y, por tanto, son operaciones en las que ha de intervenir el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima y hacer defensa de sus derechos.

Alega el recurrente que los dos nietos «tienen perfecto conocimiento de las operaciones particionales y de inventario y hacen manifestaciones en torno a las mismas, por lo que conocen su alcance y quedan perfectamente informados, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión». Pero lo cierto es que han comparecido, previa «interpellatio in iure» del artículo 1005 del Código Civil, sin aceptar ni repudiar, por lo que, aun cuando se interpretara como aceptación, debe tenerse en cuenta la doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, la Resolución de 28 de junio de 2019) según la cual «hay que diferenciar previamente el acto de aceptación de la herencia del de su partición y adjudicación. El hecho de que uno de los herederos acepte la herencia no significa que haya prestado su consentimiento para la partición de la misma». En definitiva, como bien señala la registradora, una cosa es que la herencia haya de tenerse por aceptada en virtud del procedimiento del artículo 1005 del Código Civil, y otra muy distinta que para la partición no haya de contarse con los herederos forzosos cuyo consentimiento se omite en la escritura calificada.

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

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las

normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 9 de junio de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.