

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13444 *Resolución de 29 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de San Sebastián n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Francisco Javier Oñate Cuadros, notario de San Sebastián, contra la calificación del registrador de la Propiedad de San Sebastián número 2, don José Francisco Javier Mir Sagardía, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 11 de febrero de 2022 por el notario de San Sebastián, don Francisco Javier Oñate Cuadros, se otorgaron las operaciones de aceptación y adjudicación de la herencia causada por don L. G. P. fallecido el día 1 de diciembre de 2021, de vecindad civil foral vasca, en estado de casado con doña M. B. C., y dejando una hija de un anterior matrimonio, llamada doña D. G. B. En su último testamento, otorgado el día 18 de diciembre de 2019 ante el mismo notario, dispuso lo siguiente: «Segunda.–Aparta expresamente de su herencia y no atribuye el testador legítima alguna a su hija, doña D. G. B., entendiendo el testador que con las asignaciones que de él ha recibido en vida, queda suficientemente pagada la legítima que pudiera corresponder a sus descendientes. Tercera. Para el caso de que existan personas con derecho a legítima por descendientes, todos los derechos legitimarios, en su caso, corresponderán a sus dos nietos, don G. y don A. L. G., por partes iguales. Cuarta.–Instituye heredera de todos sus bienes y derechos a su citada esposa doña M. J. C. B. C., que será sustituida, por partes iguales, por los dos nietos del testador, don G. y don A. L. G. que, a su vez, serán sustituidos por su respectiva estirpe de descendientes, operando el derecho de acrecer en caso de no haber descendencia o renuncia». Nombra como albacea, contador-partidor, con las más amplias facultades legales y sólo para el caso de que los herederos no se entendieran o no pudieran practicar por sí solos la partición, al notario autorizante del citado testamento. En la citada escritura de aceptación y adjudicación de herencia, intervenía solo la viuda, doña M. B. C., que aceptaba y se adjudicaba la herencia, y «manifiesta que, en virtud de lo indicado en el testamento del causante, la legítima colectiva ya ha sido pagada en vida de aquel con las atribuciones gratuitas efectuadas a sus descendientes».

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de San Sebastián número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«En relación a la escritura número 338 de su protocolo, de fecha 11 de febrero de 2022, presentada telemáticamente con esa misma fecha, causando asiento de presentación número 2186 del Diario 78, incluyendo la justificación de la liquidación del impuesto de sucesiones, certificaciones bancarias y cédulas parcelarias, certificado de defunción del causante, copia del testamento del causante y certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, justificante de la comunicación realizada al Ayuntamiento de esta Ciudad, a los efectos de la liquidación del impuesto del incremento de valor de los

terrenos de naturaleza urbana, calificada dentro del plazo legal, se suspende con esta fecha su inscripción, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

1. Por la presente, escritura de aceptación y adjudicación de herencia, se practican las operaciones particionales al fallecimiento de D. L. G. P.

Dicho señor, falleció el día 1 de diciembre de 2021, siendo vecino de esta Ciudad, en estado de casado con D.^a M. J. C. B. C., se supone que bajo el régimen económico de gananciales dada la existencia de los mismos, de cuyo matrimonio carece de descendientes, habiendo estado casado en primeras nupcias con D.^a M. D. G. R., de cuyo matrimonio tiene una hija llamada M. D. G. B.

Falleció, en Donostia-San Sebastián, de donde era vecino, bajo testamento abierto otorgado ante el mismo Sr. Notario autorizante, el 18 de diciembre de 2019, n.º 2580 de su protocolo.

2. En dicho testamento, que no contiene partición, tras manifestar que ostenta la vecindad civil vasca, escogiendo como ley rectora de su sucesión, la ley civil vasca aplicable por su vecindad y guipuzcoana como local, aparta expresamente de su herencia a su citada hija única, entendiendo el testador que con las asignaciones que de él ha recibido en vida, queda suficientemente pagada la legítima que pudiera corresponder a sus descendientes. Además, para el caso de que existan personas con derecho a legítima por descendientes, todos los derechos legitimarios, en su caso, corresponderán, a sus dos nietos, D. G. y D. A. L. G., por partes iguales.

Instituye heredera de todos sus bienes y derechos a su citada esposa, estableciendo una serie de sustituciones, que no vienen al caso.

Finalmente, nombra albacea, contador-partidor, con las más amplias facultades legales y sólo para el caso de que los herederos no se entendieran o no pudieran practicar por sí solos la partición, al Notario autorizante del citado testamento.

Dado el apartamiento expreso de la única hija, se entienden como legitimarios, los dos nietos nombrados por el testador.

A los efectos del otorgar séptimo, se hace constar, que el testamento no contiene poder testatorio, el testador no dispone expresamente que la legítima se pague en efectivo o en bienes no inmuebles, ni el Sr. Notario autorizante de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia actúa como albacea contador partidor.

3. En la escritura presentada, comparece únicamente la viuda del causante, liquida la sociedad de gananciales, acepta pura y simplemente la herencia del causante manifestando que tal como señala el testamento, la legítima colectiva ya ha sido pagada en vida de aquel con las atribuciones gratuitas efectuadas a sus descendientes, y se adjudica la totalidad de los bienes inventariados.

4. El inventario y avalúo comprende fincas de esta Ciudad, todas ellas inscritas en pleno dominio con carácter privativo, a favor del causante, así como valores mobiliarios de carácter ganancial.

5. No consta el valor de las asignaciones realizadas a favor de los legitimarios y se hace imposible comprobar si se ha respetado la legítima legal correspondiente a los legitimarios, ni consta pacto sucesorio de renuncia a la misma.

6. Dado que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en Resolución de 4 de julio de 2019, declaró que la legítima vasca es *pars valoris bonorum*, corroborada esa misma declaración en otra resolución posterior, de 2 de julio de 2020, en recurso interpuesto por el mismo Sr. Notario autorizante de la presente escritura, respecto a otra escritura, por lo que la manifestación realizada por el testador respecto a los derechos legitimarios, no exime de la intervención de los mismos, debiendo éstos intervenir en las operaciones particionales para preservar la intangibilidad de su legítima, otorgando su consentimiento a la partición realizada, para verificar que efectivamente, lo recibido coincide al menos con su legítima. Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 02/08/2016, 17/10/2008, 29/06/2017, 14/02/2019, 05/04/2019, entre otras.

7. Dados los defectos subsanables citados, no procede de momento la inscripción del presente documento. Arts. 1, 3, 14, 15, 18, 19, 19 bis, 20 L. Hipotecaria y concordantes

de su Reglamento, arts. 1056 y ss C. Civil, arts. 47, 48, 49, 53, 59 L 5/2015, así como los artículos de las normas legales y resoluciones ya citadas.

De conformidad a lo previsto en el art. 323 de la Ley Hipotecaria, queda prorrogado el asiento de presentación por plazo de sesenta días hábiles contados desde la fecha de la última notificación de la presente calificación.

Donostia-San Sebastián, 1 de abril de 2022.–El Registrador de la Propiedad.

Contra dicha calificación (...).»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Francisco Javier Oñate Cuadros, notario de San Sebastián, interpuso recurso el día 16 de mayo de 2022 en el que alegaba lo siguiente:

«Fundamentos de Derecho:

Único.

Conforme a su práctica habitual, el señor registrador expone en su larga nota, una serie de hechos y reflexiones que nada tienen que ver con el fundamento de su decisión de suspender la inscripción. Dicho fundamento es expuesto en el punto 6 de la nota en el que se indica lo siguiente:

“6. Dado que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en Resolución de 4 de julio de 2019, declaró que la legítima vasca es *pars valoris bonorum*, corroborada esa misma declaración en otra resolución posterior, de 2 de julio de 2020, en recurso interpuesto por el mismo Sr. Notario autorizante de la presente escritura, respecto a otra escritura, por lo que la manifestación realizada por el testador respecto a los derechos legitimarios, no exime de la intervención de los mismos, debiendo éstos intervenir en las operaciones particionales para preservar la intangibilidad de su legítima, otorgando su consentimiento a la partición realizada, para verificar que efectivamente, lo recibido coincide al menos con su legítima. Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 2 de agosto de 2016, 17 de octubre de 2008, 29 de junio de 2017, 14 de febrero de 2019, 5 de abril de 2019, entre otras.”

Pues bien, la mera lectura de dicha resolución permite la inscripción de la escritura cuya suspensión ha acordado el registrador.

En el caso de la resolución de 2 de julio de 2020, la viuda comisaria autorizada por el testador, se instituye heredera y se adjudica los bienes de la herencia, manifestando que ya han sido pagadas las legítimas, se solicita la inscripción con la mención del art. 15 LH y así lo dispone y ordena la DG.

En el presente caso, la cuestión es más sencilla: Los testadores se han instituido herederos, autorizado la toma de posesión de los bienes y manifiestan que ya han pagado las legítimas.

Teniendo en cuenta que las facultades del comisario en la legislación vasca tienen sólo dos límites, los impuestos por la ley al testador y los impuestos por éste al comisario, al [sic] aplicación de la lógica más elemental no puede llevar a otra conclusión que lo que puede hacer el comisario autorizado por el testador, con mayor razón lo puede hacer éste mismo. De modo que si el comisario puede nombrarse heredero y adjudicarse los bienes, también puede el testador nombrar heredero y éste, adjudicarse los bienes.

Y en ambos casos, si no consta la declaración de un legitimario manifestando que ha sido satisfecha la legítima colectiva, con la advertencia o mención.

La escritura cumple escrupulosamente los requisitos establecidos por la Ley 5/2015, del Derecho civil vasco, así como por la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, vinculante para el funcionario calificador.

Por lo demás, reitero los argumentos de mi recurso que dio lugar a la citada resolución de dos de julio de dos mil veintiuno [sic], que se dan por reproducidos a fin de evitar inútiles repeticiones.»

IV

Mediante escrito, de fecha 30 de mayo de 2022, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9.8, 16.1, 806 y 831 del Código Civil; la Exposición de Motivos y los artículos 3, 4, 9, 19, 20, 21, 30, 32, 33, 34, 35, 41, 43, 46, 47, 48,49, 51, 52, 55, 56, 59, 60, 140 y 142 y siguientes de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; 479 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; 243 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de septiembre de 1987, 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009, 4 de marzo y 16 de octubre de 2015, 28 de marzo, 5 de abril y 2 de agosto de 2016, 9 y 16 de marzo, 9 y 12 de junio y 12 de julio de 2017, 5 de julio, 17 de septiembre, 31 de octubre y 29 de noviembre y 20 de diciembre de 2018 y 27 de febrero y 4 de julio de 2019, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 2 de julio de 2020.

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

– La escritura es de 11 de febrero de 2022; el causante fallece el día 1 de diciembre de 2021; es de vecindad civil foral vasca; deja viuda –doña M. B. C.– y una hija de anterior matrimonio llamada doña D. G. B.

– En su último testamento, de fecha 18 de diciembre de 2019, dispuso lo siguiente: «Segunda.–Aparta expresamente de su herencia y no atribuye el testador legítima alguna a su hija, doña D. G. B., entendiendo el testador que con las asignaciones que de él ha recibido en vida, queda suficientemente pagada la legítima que pudiera corresponder a sus descendientes. Tercera. Para el caso de que existan personas con derecho a legítima por descendientes, todos los derechos legitimarios, en su caso, corresponderán a sus dos nietos, don G. y don A. L. G., por partes iguales. Cuarta.–Instituye heredera de todos sus bienes y derechos a su citada esposa doña M. J. C. B. C., que será sustituida, por partes iguales, por los dos nietos del testador, don G. y Don A. L. G. que, a su vez, serán sustituidos por su respectiva estirpe de descendientes, operando el derecho de acrecer en caso de no haber descendencia o renuncia». Nombra como albacea, contador-partidor, con las más amplias facultades legales y sólo para el caso de que los herederos no se entendieran o no pudieran practicar por sí solos la partición, al notario autorizante del citado testamento.

– En la citada escritura de aceptación y adjudicación de herencia, interviene solo la viuda y heredera, que acepta y se adjudica la herencia, y «manifiesta que, en virtud de lo indicado en el testamento del causante, la legítima colectiva ya ha sido pagada en vida de aquel con las atribuciones gratuitas efectuadas a sus descendientes».

El registrador señala como defecto que dado el apartamiento expreso de la única hija, se entienden como legitimarios los dos nietos nombrados por el testador, por lo que

la manifestación realizada por el testador respecto a los derechos legitimarios, no exime de la intervención de los mismos, debiendo éstos intervenir en las operaciones particionales para preservar la intangibilidad de su legítima, otorgando su consentimiento a la partición realizada, para verificar que efectivamente, lo recibido coincide al menos con su legítima.

El notario recurrente alega lo siguiente: que teniendo en cuenta que las facultades del comisario en la legislación vasca tienen sólo dos límites, los impuestos por la ley al testador y los impuestos por éste al comisario, se concluye que lo que puede hacer el comisario autorizado por el testador, con mayor razón lo puede hacer éste mismo, de modo que, si el comisario puede nombrarse heredero y adjudicarse los bienes, también puede el testador nombrar heredero y éste, adjudicarse los bienes.

2. Para la resolución de este expediente, hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 4 de julio de 2019 y 2 de julio de 2020) en la que se pone de relieve que, aunque colectiva, la naturaleza de la legítima foral vasca sigue manteniéndose como «*pars valoris bonorum*» y, en consecuencia, la existencia de legitimarios implica la necesaria intervención de los mismos en la partición. En Resolución de 4 de julio de 2019, concluyó que la legítima en el Derecho civil común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos españoles) se configura 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. De ahí que, en Derecho civil común, 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 ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima. La citada Resolución, centrada en el análisis de la naturaleza de la legítima en Derecho vasco, puso de relieve lo siguiente:

«El registrador concluye, a la vista de esta doctrina, en el carácter “*pars bonorum*” de la legítima reconocida al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho inscrita, pero que aunque la Ley 5/2015 no se pronuncia expresamente sobre la naturaleza jurídica de la legítima vasca de los descendientes, sostiene que hay determinaciones que impiden calificar como meros acreedores del heredero a los descendientes legitimarios: que se considera como una limitación a la libertad de testar (título segundo, capítulo segundo, sección primera) y se define como una cuota sobre la herencia (artículo 48.1); que se dice que el causante está obligado a “transmitir” al legitimario (artículo 48.2), a diferencia de la “parte de libre disposición de la herencia” a que se refieren sus artículos 56 y 57; que el legitimario es denominado “heredero forzoso” (por ejemplo, en los artículos 33.2, 51.2 y 51.3) o, con mejor técnica, “sucesor forzoso” (artículos 56.1 y 58); que el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho es definido como “usufructuario”, no de crédito alguno sino de la mitad o de los dos tercios de los bienes del causante (artículo 52); que no hay ninguna calificación del legitimario como acreedor del heredero; que existiendo legitimarios, el comisario, a quien le corresponde designar sucesor, distribuir los bienes de la herencia y cuantas facultades se le atribuyan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos, no podrá designar sucesores a otras personas (artículo 33.3); que al menos un legitimario con plena capacidad de obrar es llamado (por el artículo 43.5) a consentir los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario representante y administrador del patrimonio hereditario, cuando aquellos se refiriesen a bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos; que los artículos 56 y 57 consagran unas normas sobre intangibilidad cualitativa de la legítima de los hijos o descendientes; que los apartados 2 y 3 del artículo 51 llevan aparejada la nulidad de las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial, ineficacia que afecta incluso a terceros cuando hay lesión de la legítima colectiva de los descendientes; que si hubiese poder testatorio, la valoración de los bienes para fijar la legítima se hará, de acuerdo con lo establecido en el artículo 60, esto es, por el comisario si no tuviese interés en la sucesión, o por el

comisario con el contador-partidor que el causante hubiese designado, o por el comisario junto con los sucesores presuntos, o por decisión judicial.

En consecuencia, entiende el registrador que la legítima vasca de los descendientes es una "*pars bonorum*", o cuando menos, una "*pars valoris bonorum*", y, por lo tanto, será necesaria la concurrencia de los legitimarios para la entrega y adquisición de la cosa legada (...).

Concluye el notario recurrente en que, a la vista de esta doctrina, que ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Superior del País Vasco, la legítima foral vasca tiene la misma naturaleza que la de Aragón, esto es, que se trata de una legítima colectiva.

Pero esto, por sí solo, no le confiere la naturaleza de "*pars valoris*", por lo que el recurrente interpreta que la legítima vasca es una especie de «legítima colectiva de libre disposición por el testador, mediante el mecanismo del apartamiento que puede ser expreso o tácito» de manera que le nutra de los mismos efectos que la "*pars valoris*". Para ello, alega en el escrito de interposición, la esencia e importancia del apartamiento –incluido el tácito–, como forma tradicional e histórica que se trae de nuevo a la legislación de todo el País Vasco, lo que denomina un "sistema de cuño propio", configurado como una legítima colectiva de libre elección por el causante entre los posibles legitimarios y con una legítima calculada sobre el valor económico de la herencia y que puede, en definitiva, atribuirse a título de herencia, legado, donación o de cualquier otro modo, pero que no supone derecho alguno sobre los bienes de la herencia, constituyendo, en todo caso, para el legitimario elegido, por medio del apartamiento expreso o tácito o para todos los legitimarios antes de producirse dicho apartamiento expreso o tácito, el derecho a recibir en el primero de los casos o, el de poder solicitar en el segundo, un tercio de ese valor económico como un derecho de crédito. En definitiva, el recurrente sostiene que se producen los mismos efectos de la legítima "*pars valoris*", y entre ellos, especialmente el de la no necesidad de la intervención de los legitimarios –ya que a su juicio están tácitamente apartados– en la toma de posesión de la cosa legada por el legatario cuando ha sido autorizado para hacerlo por sí mismo (...).

6. Así pues, para la resolución de este expediente, hay que determinar la naturaleza de la legítima foral vasca. La legítima es definida en el artículo 48.1 de la Ley 5/2015 como "una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo". De otros artículos de la misma ley vasca, resultan los indicios de la naturaleza de esta legítima: "Son legitimarios los hijos y descendientes (...)" (artículo 47); "el causante está obligado a transmitir la legítima a los legitimarios (...)" (artículo 48.2); cuantía de la legítima (artículo 49); sustitución y representación de los legitimarios (artículo 50); en apartamiento y preterición de los legitimarios, "la preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial"; (artículo 51.2); regulación de la intangibilidad de la legítima (artículo 56); en los artículos 58 a 60 se articulan las normas para el cálculo de la cuota de legítima, resultando que no solo se toma en consideración el valor neto de la herencia (activo menos pasivo) sino también el valor de ciertas donaciones otorgadas en vida por el causante ("*relictum*" más "*donatum*").

Utilizó el legislador del Código Civil una terminología semejante a la que ahora utiliza el legislador vasco: "legítima es la porción de bienes de la cual el testador no puede disponer (...)" (artículo 806); "(...) las dos terceras partes del haber hereditario (...)" (artículo 808); "(...) la mitad del haber hereditario de (...)" (artículo 809); regulación de la preterición con unos efectos no diametralmente distintos de los recogidos en la ley vasca (artículo 814), y un amplio abanico de normas de regulación del cómputo u cálculo de la legítima.

Alega el recurrente los antecedentes históricos para determinar la naturaleza de la legítima vasca. El legislador vasco, en el apartado cuarto de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2015, alude a esos precedentes, de los cuales resulta el mantenimiento de la

legítima aun cuando se produce en la nueva Ley una reducción y atemperación de la misma, precisamente porque la mayor parte del territorio vasco –causan excepción las zonas de Fueros de Vizcaya y de Ayala–, tal como el de Guipúzcoa y Álava, se nutrió continuamente y vivió tradicionalmente el Derecho sucesorio de Castilla: “En cuanto a la sucesión forzosa, hay grandes divergencias en nuestro Derecho histórico que convendría reducir en todo lo posible. El Fuero de Ayala mantiene la total libertad de testar que, dado el arraigo que esta libertad tiene en esa zona, se cree prudente mantener. Por lo demás, rige en muchos lugares el sistema de legítimas del Código Civil, salvo en Bizkaia, en la que la legítima, tomada de la Ley de Partidas que regía en Castilla, contraria a nuestra tradición, era de los cuatro quintos de la herencia, pese a que el Código Civil la hubiera reducido a dos tercios, uno de legítima estricta y el otro de mejora. El texto quiere establecer una legítima única de un tercio del patrimonio, para todo el País Vasco. Se estima que esta decisión es muy importante y contribuye mejor que cualquier otra a dar unidad al Derecho vasco y a aproximarlos a otras legislaciones europeas. La única salvedad es la que, una vez más, opera en el valle de Ayala, a fin de respetar su libertad absoluta de testar al otorgar testamento”. En esta alusión a los precedentes históricos, no hay que olvidar que la zona de aplicación del Derecho Foral Vasco, en la historia, estuvo reducido a la zona del Señorío de Vizcaya –Bizkaia– excepto las doce villas no aforadas y el casco urbano de Bilbao, y a la zona de aplicación del Fuero de Ayala, siendo que no se aplicaba, además de las villas referidas, al resto de Álava y a Guipúzcoa.

En consecuencia, aunque se extiende la aplicación de la actual normativa vasca a la totalidad del País Vasco y se reduce y adapta el concepto de los derechos forzosos a la nueva legislación, por reminiscencia histórica, sigue existiendo una legítima, que siendo colectiva no es la puramente formal como la navarra; y, que conforme resulta de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2015, solo se mantiene en su concepto de legítima formal, en la zona del antiguo Fuero de Ayala, para la que se recoge en el artículo 89.1 de la Ley 5/2015 lo siguiente: “Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho”. Pues bien, a la vista de este precepto, a diferencia del resto de las zonas forales del País Vasco –en las que continúa existiendo la legítima–, en la del Fuero de Ayala, cabe la disposición libre de los bienes sin límite de legítimas. De otra forma no se entendería la existencia de este articulado específico relativo a este Fuero. Así pues, los antecedentes históricos, que nos serviría para las zonas tradicionalmente sujetas a la legislación vasca, no pueden ser tenidos en cuenta para la naturaleza de una legítima aplicable a la totalidad del País Vasco.

Desde el punto de vista terminológico, en la Ley 5/2015, se recoge el término “herederos forzosos” o el de “sucesores forzosos” en numerosos artículos: el artículo 33.2 referido a las personas entre las que ha de elegir el comisario a falta de otras designaciones del testador; el artículo 51.2, conforme el cual la preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial; el artículo 51.3, que se refiere al heredero forzoso apartado expresa o tácitamente, para la conservación de sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione su legítima colectiva; en el artículo 56.1, regulando en el campo de la intangibilidad de la legítima, los efectos de la sustitución o gravamen que exceda de la parte de libre disposición, a no ser que sea a favor de sucesores forzosos; el artículo 58, en el que se consideran donaciones computables las hechas a favor de quien no sea sucesor forzoso; en el régimen del ejercicio del poder testatorio y las cautelas en favor de terceros, la necesidad de la intervención de “cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar (...)”. Y los referidos artículos 47 y 48, en los que se utilizan los términos “legítima” y “legitimarios” con semejantes parámetros a los del Código Civil. Solo la figura del apartamiento, sostiene las importantes diferencias.

7. En cuanto a la pretendida consideración de la legítima foral vasca como un derecho de crédito, tan solo hay una aproximación a esta concepción en la Ley 5/2015,

que es la recogida en el artículo 52.1, en el que se regula el derecho del cónyuge superviviente o de la pareja de hecho, y que define como «el derecho de usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurriere con descendientes». De esto resulta que es calificado como un usufructuario de una cuota y no como un acreedor de los herederos. De la misma forma que ocurre con el Derecho Civil Foral de Aragón, paradigma de la legítima colectiva –cuya naturaleza es “*pars valoris bonorum*”–, en la Ley 5/2015 que también ha acogido esa forma de legítima, no existe ninguna mención a la calificación del legitimario como acreedor de los herederos. Ciertamente, que como sostiene el recurrente, en el artículo 479 del Código Civil de Derecho de Aragón, se recoge una norma especial para habilitar la posesión del legado, de manera que el legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario, puede, por sí solo, aun habiendo legitimarios, tomar posesión de la misma y, si fuera inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación. Pues bien, precisamente porque la naturaleza de la legítima en Aragón, aunque colectiva, no es una “*pars valoris*”, es por lo que el legislador aragonés ha introducido esta norma especial para la toma de posesión del legado, de manera que en ningún otro precepto de la ley foral aragonesa se califica la legítima aragonesa como de valor. Por otra parte, si el legislador vasco hubiera querido introducir una norma semejante, lo habría hecho.

El recurrente menciona una configuración del derecho del legitimario gallego, como un valor económico o crédito dentro de un sistema de legítima individualizada para cada uno de los herederos, que establece que el legitimario no tiene acción real para reclamar la legítima y será considerado a todos los efectos, como un acreedor (artículo 243 de la Ley de Derecho Civil de Galicia), de manera que en la norma vasca sería parecido, pero referido a la legítima colectiva. Pues bien, siendo un argumento consistente, lo cierto es que en la legislación vasca no existe norma semejante (...)

8. Además, como recoge el registrador, hay otras situaciones contenidas en la Ley 5/2015, que alejan la naturaleza de la legítima vasca de la de un derecho de crédito: que al menos un legitimario con plena capacidad concurra a consentir los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge o pareja superviviente designado comisario representante y administrador del patrimonio hereditario cuando se refieren a bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos (artículo 43.5 de la Ley 5/2015). Esta disposición recuerda la necesidad de concurrencia de los legitimarios de derecho común en la disposición de bienes administrados por el delegado con la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil, en cuya versión de “fiducia sucesoria de derecho común”, se aprecia el auténtico límite que supone la legítima “*pars bonorum*” a la delegación de la facultad de mejorar, a través de la necesidad de ese consentimiento de los legitimarios.

Alega a esto el recurrente que, la intervención del legitimario lo es para mantener la esencia de la legítima colectiva y que es por esto que, se exige la intervención de al menos uno de los legitimarios. Así, esta concurrencia de al menos un legitimario para esos actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge viudo o pareja superviviente designado comisario, representante y administrador, lo es a los efectos de control y protección de la legítima ante las enormes facultades del comisario, a quien se puede encomendar (artículo 30) por el testador la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades sean necesarias para la transmisión sucesoria de los mismos, con funciones o poderes semejantes a los de un heredero de confianza. Pues bien, efectivamente, la intervención de uno de los legitimarios junto con el comisario, supone una protección de la legítima colectiva, pero como complemento y protección de esa cuota de legítima ante las inmensas facultades del comisario hasta que no se produzca la designación del heredero o la distribución de los bienes.»

Así, la legítima foral vasca es colectiva, cabe el apartamiento de los legitimarios tanto de forma expresa como tácita; pero esto, como regla general, no significa, que el legitimario no apartado no pueda tener unos mecanismos de defensa para el amparo de

su derecho, aunque sea mínimo, puesto que, aunque colectiva, la naturaleza sigue manteniéndose como «*pars valoris bonorum*».

3. En el supuesto del expediente de la Resolución de 4 de julio de 2019, no se había instituido comisario y, por lo tanto, no era el caso ni esto convertía la legítima en un derecho de crédito, por lo que se exigió la intervención de los legitimarios no apartados. En el expediente de la Resolución de 2 de julio de 2020, –a diferencia del supuesto de la de 4 de julio de 2019–, se trataba de un poder testatorio, en el que se había nombrado comisaria a la viuda y se le concedía la facultad vitalicia de ordenar la herencia, distribuyendo libremente los bienes, pudiendo en uso de sus facultades, entre otras facultades, nombrarse a sí misma heredera del premuerto y adjudicar bienes y derechos libremente. En ejercicio de esas facultades, ella se designó heredera a sí misma, y estaba facultada para, a su vez, designar a los herederos o apartarlos, lo que hizo, sin perjuicio de la mención a que se refiere el artículo 15 de la Ley Hipotecaria en favor de los presuntos legitimarios o del legitimario que en su momento designara la comisaria-heredera. En ese caso, se admitió para el concreto expediente, que al tratarse de un poder testatorio, la viuda había sido nombrada comisaria con amplísimas facultades para designar herederos e incluso designarse heredera a sí misma, y, además, lo podía hacer durante toda su vida tanto por actos «*inter vivos*» como «*mortis causa*», y, por esencia, ser contadora-partidora de la herencia, lo que diferenciaba ese supuesto del analizado en la Resolución de 4 de julio de 2019. En consecuencia, se revocó el defecto señalado.

Ahora en el concreto supuesto, el testamento no contiene partición hecha por el testador, tras manifestar que ostenta la vecindad civil vasca, aparta expresamente de su herencia a su única hija, entendiendo el testador que con las asignaciones que de él ha recibido en vida, queda suficientemente pagada la legítima que pudiera corresponder a sus descendientes; para el caso de que existan personas con derecho a legítima por descendientes, dispone que los derechos legitimarios, en su caso, corresponderán, a sus dos nietos, por partes iguales; instituye heredera de todos sus bienes y derechos a su esposa; nombra albacea, contador-partidor, con las más amplias facultades legales y sólo para el caso de que los herederos no se entendieran o no pudieran practicar por sí solos la partición, al notario autorizante del testamento, pero en la escritura éste, no intervienen sino como autorizante, de manera que no realiza la partición.

De acuerdo con estos parámetros, ante el apartamiento expreso de la única hija, se entienden como legitimarios los dos nietos nombrados por el testador, si bien con la consideración especial de que, en el caso de la legítima vasca, las nietas no tienen derecho a la legítima de un tercio, sino que lo que tienen es el derecho a concurrir en la partición (por ser «*pars valoris bonorum*») pero a los solos efectos de que se cuantifique la legítima y se les complemente, en su caso, respecto de la legítima que se dice ya entregada a la hija.

De los hechos y contenido del testamento, no resulta que del mismo haya poder testatorio, ni que el testador haya dispuesto expresamente que la legítima se pague en efectivo o en bienes no inmuebles, ni el notario autorizante de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia ha actuado como albacea contador-partidor. En consecuencia, es necesaria la intervención de los legitimarios en la partición.

4. Alega el recurrente que, si el comisario puede nombrarse heredero y adjudicarse los bienes, también puede el testador nombrar heredero y éste, adjudicarse los bienes. Pero, en este punto, hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo, que si aplicable a Derecho común, también lo es al Derecho vasco.

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 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, 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.

En el supuesto concreto de este expediente, no ha intervenido el contador-partidor designado, por lo que se hace necesaria la intervención de los legitimarios en la partición.

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, 29 de julio de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.