

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

7173 *Resolución de 12 de marzo de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad interina de Castro del Río, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición de herencia hecha por contador-partidor dativo.*

En el recurso interpuesto por don José Antonio Caballos Castilla, Notario de Córdoba, contra la calificación de la registradora de la propiedad interina de Castro del Río, doña María del Carmen Blanco Sigler, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición de herencia hecha por contador-partidor dativo.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 7 de junio de 2022 por el Notario de Córdoba don José Antonio Caballos Castilla, se otorgaron por contador-partidor dativo las operaciones de partición y adjudicación de la herencia causada por don F. G. O., que había fallecido el día 31 de enero de 2021 en estado casado en segundas nupcias con doña R. R. G. en régimen de sociedad de gananciales; de su anterior matrimonio con doña D. D. C. dejaba dos hijos, don F. V. y don J. C. G. D. Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento, otorgado el día 8 de marzo de 2010 ante el Notario de Córdoba don Rafael Díaz-Vieito Piélagos, en el que instituía herederos por partes iguales a sus dos citados hijos y ordenaba legado de «un derecho de uso de la vivienda que actualmente le sirve de domicilio a su actual esposa doña R. R. G., con cuyo legado se entenderán pagados sus derechos legitimarios». La vivienda que servía de domicilio al tiempo del otorgamiento del testamento y de su fallecimiento estaba situada en Córdoba, con carácter ganancial de su primer matrimonio.

La primera esposa, doña D. D. C., había fallecido el día 24 de febrero de 1998 en estado de casada en sociedad de gananciales con don F. G. O. y dejando los dos citados hijos –don F. V. y don J. C. G. D.–. Falleció intestada y, mediante acta de declaración de herederos otorgada el día de 2 de junio de 2021 ante el Notario de Córdoba don Rafael Díaz-Vieito Piélagos, fueron declarados herederos los dos citados hijos sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria del viudo.

Mediante escritura autorizada el día 10 de noviembre de 2021 por el Notario de Córdoba don José Antonio Caballos Castilla, se otorgaba por los dos herederos escritura de designación de contador-partidor dativo, y, mediante escritura autorizada por el mismo Notario, de fecha 7 de junio de 2022, se otorgaron las operaciones de partición antes referidas.

En el cuaderno particional, referido a las herencias de don F. G. O. y de doña D. D. C., se inventarían diversas fincas rústicas, activos de cuentas corrientes y mobiliario y enseres, todos gananciales de don F. G. O. y doña D. D. C., junto con inmuebles rústicos privativos de don F. G. O.; no hay bienes privativos de doña D. D. C. Interesa a los efectos de este expediente que, a la viuda, el pago del usufructo de sus derechos en la herencia de don F. G. O., «se realizarán en los términos previstos por los artículos 839 y 840 del Código Civil para su pago en metálico por los herederos». La vivienda situada en Córdoba se adjudicaba a los dos herederos por partes iguales. La partición era aprobada por

ambos herederos y, a falta de la viuda, que había sido notificada en todas las fases del procedimiento, por el notario autorizante.

De los bienes inventariados, había una finca rústica perteneciente a la demarcación del Registro de la Propiedad de Castro de Río, siendo el resto de otros registros donde habían causado las inscripciones correspondientes.

II

Presentada el día 21 de noviembre de 2023 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Castro del Río, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

La Registradora que suscribe, previo examen y calificación de la escritura de partición de herencia por contador-partidor dativo -aprobación de la partición, otorgada en Córdoba ante el Notario don José Antonio Caballos Castilla, el 7 de Junio de 2022, bajo el número 2.634 de su Protocolo, primera copia de la cual, acompañada de otra escritura de designación de contador partidor dativo otorgada ante el mismo Notario, don José Antonio Caballos Castilla, el 10 de noviembre de 2021, bajo el número 4.539 de Protocolo, se presentó en esta Oficina a las 10:45 horas del día 21 de noviembre pasado, bajo el asiento número 619 del Diario 36, acuerda no acceder a la práctica de la inscripción solicitada por los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

En el título presentado se aprueba la partición de herencia del finado don F. G. O., quién falleció en estado de casado en segundas nupcias y en régimen de gananciales con doña R. R. G., con quien no tuvo descendencia, habiendo estado casado en primeras nupcias con doña D. D. C., con quién tuvo dos hijos, llamados F. V. y J. C. G. D. Dicho señor falleció testado, estableciendo las dos siguientes cláusulas: «Primero: Lega un derecho de uso de la vivienda que actualmente le sirve de domicilio a su actual esposa Doña R. R. G., con cuyo legado se entenderán pagados sus derechos legitimarios. Segundo: Instituye herederos, por iguales partes, a sus mencionados hijos, quienes serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes, en caso de premoriencia o incapacidad», siendo, por tanto, únicos interesados en la herencia del causante su segunda esposa y sus dos citados hijos. Con fecha 23 de Mayo de 2.022 el letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba, don T. J. I. R., en su calidad de contador-partidor designado por el Colegio Notarial de Andalucía formula el cuaderno particional para la liquidación, división y adjudicación de la herencia, que figura testimoniado en el título que nos ocupa, adjudicándose, entre otros bienes, la finca registral 5.507 de Castro del Río, única perteneciente a la Demarcación de este Registro, al hijo y heredero don J. C. G. D. En dicho cuaderno particional se capitaliza también el derecho de uso de la segunda esposa para su pago en metálico, para lo cual autorizan los herederos al contador partidor.

De la escritura que nos ocupa, según consta de diligencia extendida al final de la misma con fecha 21 de Junio de 2.022, resulta la comparecencia de los dos herederos, don F. V. y don J. C. G. D., confirmando expresamente la partición realizada por dicho contador partidor dativo, a la vez que consta la diligencia de citación extendida con fecha 16 de Junio de 2.022 a doña R. R. G. mediante la remisión por parte del Notario autorizante del correspondiente oficio, junto con copia simple de la escritura que nos ocupa, por correo certificado con acuse de recibo a su domicilio, sin que conste su ratificación o confirmación.

Fundamentos de Derecho.

Que el artículo 18 de la Ley hipotecaria establece que los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivo contenidos en ellos, por lo que resulte de los mismos y de los asientos del Registro.

En el caso que nos ocupa es necesaria la intervención del cónyuge viudo, doña R. R. G., para el otorgamiento de la escritura de partición y adjudicación de la herencia del señor don F. G. O., ya que, la viuda, además de ser legataria testamentaria, es heredera y legitimaria del causante, artículos 807 y 834 del Código Civil. También es necesario contar con el consentimiento del cónyuge viudo para poder proceder a la capitalización/conmutación del usufructo viudal, ya que excede de las facultades estrictamente particionales atribuidas por ley a la figura del contador partidador dativo. Todo ello partiendo de la cláusula testamentaria en la que el testador adjudica al cónyuge viudo el derecho de uso de la vivienda habitual.

Respecto de la intervención de la viuda en el otorgamiento de la escritura de partición, 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, 14 de febrero de 2019 y 29 de septiembre de 2020, entre otras). 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 artículo 657 y aplicación indebida de los artículos 1075 y 1079 del Código Civil en relación con los artículos 1056 y 818. Incluso tratándose de partición hecha por contadores partidadores, 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 nuestro Centro Directivo, la circunstancia de citación a los legitimarios para formación del inventario, no altera la necesidad de su consentimiento.

Como afirmó nuestra 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, 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, nuestro centro directivo ha afirmado que, por ser legitimaria, es necesaria su intervención en la partición hereditaria (Resoluciones de 22 de febrero y 31 de octubre de 2018), 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.

En consecuencia, mientras exista dicha comunidad hereditaria, son aplicables las normas generales de la comunidad de bienes (ex art. 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 art. 397 del Código Civil), 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, posición que en este caso ocupa, sin ningún género de dudas, la viuda del finado como legitimaria, sin que a ello constituya obstáculo el hecho de que el testador haya ordenado en favor de ésta un legado de usufructo de bienes concretos de la herencia (cfr. la Resolución de 3 de febrero de 1997 y 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).

Respecto a la conmutación del usufructo del cónyuge viudo, ha señalado la Dirección General que la alteración del carácter de la atribución requiere necesariamente el acuerdo de herederos y cónyuge supérstite. En este sentido, la resolución de 17 de mayo de 2002 determinó que no era inscribible la adjudicación de una finca en pleno dominio que el contador hace en favor de la viuda, pues a ésta el causante le había atribuido el usufructo de la herencia.

En el mismo sentido, la resolución de 4 de abril de 2017, referida a un supuesto en que se había ordenado el pago de la legítima del cónyuge en dinero señala que «existiendo metálico en la herencia, el contador debe proceder a la adjudicación del mismo en pago de la legítima viudal en cumplimiento de lo dispuesto por el testador en su testamento y, no siendo suficiente el metálico inventariado, debe realizar el pago en metálico extra hereditario, o en otros bienes de la herencia pero en este caso con el consentimiento del cónyuge, sin que resulten aplicables los artículos 841 y siguientes del Código Civil, sino el artículo 886».

Esta doctrina resulta de aplicación al contador-partidor judicial, como resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009, que en una partición realizada por un contador-partidor judicial, declara, en relación con la facultad de conmutación del artículo 839 del Código Civil: «este derecho corresponde ejercerlo a los herederos, pero

con la conformidad del cónyuge viudo, y que cuando falta el acuerdo corresponde a la autoridad judicial la decisión sobre la forma de pagar dicho usufructo».

Corresponde al Notario velar por la legalidad de la partición, recayendo en él la facultad de aprobarla en defecto de acuerdo. Una partición no ajustada al título sucesorio ha de ser rechazada, si bien puede tener eficacia si es confirmada por todos los interesados, incluyendo por supuesto a los legitimarios, pero en este caso se alteraría su naturaleza, encontrándonos ante un verdadero contrato particional que exige plena capacidad de obrar ex arts. 1052 y 1058 cc (vid. SSTS 19-6-1997 y 18-3-2008 y RR 24-9-1998, 18-11-1998, 3-10-2011, 11-7-2013 y 8-10-2013).

Como principio general, debemos sentar que la partición no es el vehículo para realizar negocios dispositivos, como por ejemplo permutas de cuotas, constitución de usufructos, capitalizaciones de éstos, conmutaciones de legados, atribuir legítima a desheredados-, para los cuales el contador nunca puede estar facultado por la vía de nombramiento (vid. RR de 17-5-2002, 10-1-2012, 18-5-2012, 29-1-2013, 8-10-2013, 27-5-2014, 3-7-2019 y 12-7-2021) –sí si resulta del título sucesorio (R 4-4-2017) o por apoderamiento expreso y especial de todos los interesados– y que, en todo caso, constituyen negocios que exceden de lo particional, con su propio régimen sustantivo y fiscal.

Es por ello por lo que debe entenderse que la doctrina de nuestro centro directivo que rechaza la inscripción de las operaciones particionales en la que el contador partidor testamentario se ha extralimitado de sus facultades es aplicable al contador partidor dativo, aun cuando haya obtenido la aprobación del letrado de la Administración de Justicia o del notario.

Existen además dos motivos adicionales por los que debe aplicarse con todo rigor la calificación registral:

El primero de ellos es de carácter eminentemente práctico. Resulta indudable que es mucho más probable que se impugne una partición que ha requerido la aprobación exigida por el artículo 1057 del Código Civil por no existir conformidad de los herederos que cualquier otra que cuente con el beneplácito de los interesados en la herencia, impugnación que conllevará lógicamente la de su inscripción registral, con la posible demanda de responsabilidad civil dirigida al registrador en el supuesto de que haya surgido un tercero protegido por la fe pública registral. No debe olvidarse que estos expedientes, aun cuando cuenten con aprobación, son susceptibles de impugnación, como resulta del artículo 19.4 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, según el cual: La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria.

El segundo argumento es que el contador partido dativo, a diferencia del testamentario, es una persona que carece de la confianza del causante, por lo que su función debe ceñirse estrictamente a operaciones divisorias. Así lo ha señalado expresamente la Dirección General respecto al contador designado en un procedimiento de división judicial de herencia, cuya doctrina debe considerarse aplicable, en resolución de 26 de marzo de 2014, según la cual no debe asimilarse la función del «contador» designado en el seno de un procedimiento de división de herencia (con una función ceñida a la práctica de operaciones divisorias, ex artículo 786 de Ley de Enjuiciamiento Civil), a la del contador partidor testamentario que, como es conocido, tiene unas funciones más amplias.

Parte dispositiva.

Vistos los documentos presentados y los asientos del Registro, a la luz de las disposiciones citadas, acuerdo:

Primero. Calificar el título presentado, suspendiendo su despacho, hasta la subsanación, en su caso, de los defectos advertidos.

Segundo. Notificar esta calificación negativa, en el plazo de diez días hábiles desde su fecha, al presentante del documento y al Notario o Autoridad Judicial o Administrativa que lo ha expedido, conforme a los artículos 322 de la Ley hipotecaria y 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Tercero. Prorrogar la vigencia del asiento de presentación durante sesenta días, contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el párrafo precedente. Se advierte al interesado, presentante o Autoridad, en caso de suspensión del asiento, su derecho de solicitar anotación preventiva por defectos subsanables, conforme señalan los artículos 42.9, 66 y 323 de la Ley hipotecaria, durante la vigencia del asiento de presentación y su prórroga.

La presente calificación podrá (...).

Firmado por la registradora que suscribe en Castro del Río a fecha de la firma digital. Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por María del Carmen Blanco Sigler registradora del Registro de la Propiedad de Úbeda [sic] 1 a día trece de diciembre del dos mil veintitrés.

III

Contra la anterior nota de calificación, don José Antonio Caballos Castilla, notario de Córdoba, interpuso recurso el día 18 de diciembre de 2023 mediante escrito en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

«Hemos de partir de la cláusula testamentaria del causante a favor del cónyuge viudo, en el que le “lega el uso de la vivienda que ha venido sirviendo de domicilio a la viuda, legado con el que se entienden pagados todos sus derechos legitimarios”.

Resulta pues que el propio testador, que puede atribuir la legítima por cualquier título (ex art. 815 del Cc), ha concretado aquel genérico llamamiento legal legitimario del usufructo de un tercio sobre todos los bienes inventariados en un preciso derecho real de uso sobre bien determinado (la vivienda. La consecuencia inmediata es que la legítima como *pars bonorum* ha mutado a legítima como derecho real de uso y disfrute, con las característica propias e inherentes de derecho sobre cosa determinada y no sobre cuota de patrimonio.

Desaparece pues la afección real sobre todos los bienes de la herencia para hacer efectivo ese valor económico del usufructo al momento de la muerte del causante, pues se ha concretado en un derecho que nace directa e inmediatamente sobre un bien (o sobre parte del mismo, como veremos, dada su ganancialidad), al cual “persigue” (inmediatividad, reipersecutoriedad).

Decaen por tanto la competencia territorial de la registradora de Castro del Río respecto de un bien concreto ya inscrito en el registro de Córdoba 6. No se pone en duda en absoluto la posibilidad de que un registrador ulterior suspenda cualquier escritura que se le presente y ya se haya inscrito respecto a otro bien en otro registro. Se trata de que no cabe revisar la decisión de otra registradora y exigir, con carácter previo a la inscripción sin problemas de su finca, que la finca ya inscrita en otro registro deje de estar libre de cargas y se haga constar un derecho de uso sobre la mitad de la misma (cuestión ésta tampoco permitida por Dirección General, como veremos).

La posible (e improbable) irregularidad de aquella inscripción ya practicada y que está bajo la salvaguarda de los tribunales de justicia, no daría lugar a la nulidad de la adjudicación de los demás bienes que carecen de afección alguna respecto de un derecho real concreto en una finca concreta. La atribución de la legítima hecha por el testador por la vía de legado de uso sobre (mitad) de bien concreto hace inaplicable el párrafo segundo del artículo 839 del código civil, así como el art 840 para el caso que nos ocupa de cónyuge viudo de segundo matrimonio que coincide con hijos del primero: la voluntad del testador (ley de la sucesión) ha excluido ya estos supuestos.

Conviene ahora hacer una breve reflexión sobre las consecuencias registrales de la disposición testamentaria a favor del cónyuge viudo.

Al legar el testador un derecho de uso sobre vivienda inscrita con carácter ganancial a favor del causante y de su primera esposa, y adjudicándose los gananciales en la liquidación por mitades indivisas, entra en juego el artículo 1380 del código civil por lo que el derecho de uso recaerá sobre la mitad de la vivienda adjudicada al causante en la liquidación de gananciales (no se ha legado la mitad de un derecho de uso sobre la vivienda). Al ser el uso de la vivienda, como el derecho de habitación, un derecho que requiere necesariamente ocupación física o detentación posesoria, no cabe constituirlo sobre una cuota indivisa del mismo (resoluciones DGSJFP de 5 octubre 2015, confirmada por JPI de Córdoba 2 junio 2016), y resolución de fecha 3 marzo 2022, respecto del derecho de habitación. Respecto del derecho de uso, resolución 19 enero 2016 o 20 junio 2019.

Se trata de un derecho personalísimo (sent. TS 4 febrero 1983), de difícil compatibilidad con otros cotitulares.

Es por estos inconveniente prácticos y jurídicos del dominio dividido por la que se optado por capitalizar el legado de uso sobre mitad indivisa de una finca de Córdoba 6, lo que nada afecta a la inscripción suspendida de la adjudicación de la finca de Castro del Río. No parece razonable que, extralimitándose de su competencia territorial, la titular de este último Registro exija que se modifique el estado de cargas de una finca ya inscrita en otro Registro, teniendo en cuenta que además, por las circunstancias del caso, ello sería difícilmente viable, para proceder a la inscripción sin problemas de la única finca de la que es competente territorialmente, y no afectada por derecho de uso algún ni cualquier otra limitación.»

IV

Mediante escrito, de fecha 29 de diciembre de 2023, la registradora de la propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 839, 841, 843, 882, 1057, 1061, 1062, 1160 y 1259 del Código Civil; 22.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 14, 18, 33, 34, 38 y 326 de la Ley Hipotecaria; 17, 17 bis, 24, 50 y 66 de la Ley del Notariado; 80 y 81 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012 y, Sala Tercera, de 22 de mayo y 24 de octubre de 2000; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de mayo y 18 de diciembre de 2002, 11 de marzo, 13 de mayo y 20 de septiembre de 2003, 20 de abril de 2005, 8 de junio y 10 de noviembre de 2011, 18 de mayo y 12 de junio de 2012, 29 de enero de 2013, 27 de mayo de 2014, 12 y 16 de noviembre de 2015, 18 y 22 de julio y 30 de noviembre de 2016, 4 de octubre y 20 de diciembre de 2017, 2 de octubre de 2019 y 15 y 17 de enero de 2020; las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 19 de febrero de 2021; respecto de la cuestión formal expresada en el segundo fundamento de Derecho, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 y 13 de marzo, 4 de abril y 8 y 22 de mayo de 2012, 22 de febrero, 7 de marzo, 3 de abril y 24 de junio de 2013, 19 de enero y 13 de octubre de 2015 y 14 y 25 de julio y 13 de noviembre de 2017, y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de febrero y 9 de octubre de 2020, 15 de enero, 19 y 23 de febrero, 18 de marzo y 9 de junio de 2021 y 18 de enero de 2024; en cuanto a intervención de los legitimarios, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 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; en cuanto al derecho

de uso y habitación, los artículos 394, 397, 398, 399, 523 y siguientes, 822, 1406 y 1407 del Código Civil; 18 de la Ley Hipotecaria; 98 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio 1927, 25 de abril de 1970, 4 de febrero de 1983 y 30 de junio de 1993, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2007, 3 de octubre de 2011, 5 de octubre de 2015, 19 de enero de 2016 y 20 de junio de 2019, y, en cuanto a la conmutación del usufructo viudal, los artículos 675, 815, 834, 839, 840, 841, 842, 843, 886, 902, 1056 y 1057 del Código Civil; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2001, 22 de mayo de 2009, 8 de noviembre de 2011, 18 de julio de 2012, y de 2 de octubre de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de febrero de 1997, 11 de mayo de 1998, 22 de octubre de 1999, 26 de febrero y 20 de septiembre de 2003, 13 de enero de 2006, 13 de abril y 13 de julio de 2009, 8 de mayo de 2012, 19 de abril de 2013, 1 de marzo, 30 de abril, 21 de mayo, 4 de julio y 14 de agosto de 2014 y 5 de abril y 18 de julio de 2016.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de partición de herencia realizada por contador-partidor dativo en la que concurren por orden cronológico los hechos y circunstancias siguientes:

– La primera esposa del causante, doña D. D. C., fallece el día 24 de febrero de 1998, en estado de casada en sociedad de gananciales con aquel, y dejando dos hijos, don F. V. y don J. C. G. D. Falleció la intestada y mediante acta de notoriedad de declaración de herederos de fecha 2 de junio de 2021, fueron declarados herederos los dos citados hijos sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria del viudo.

– Dicho causante –don F. G. O.– fallece el 31 de enero de 2021 en estado casado en segundas nupcias con doña R. R. G. en régimen de sociedad de gananciales; de su anterior matrimonio con doña D. D. C. deja los dos hijos citados. En su último testamento, de fecha 8 de marzo de 2010, instituye herederos por partes iguales a sus dos hijos y ordena legado de «un derecho de uso de la vivienda que actualmente le sirve de domicilio a su actual esposa doña R. R. G., con cuyo legado se entenderán pagados sus derechos legitimarios». La vivienda que servía de domicilio al tiempo del otorgamiento del testamento y de su fallecimiento, es la situada en Córdoba, de carácter ganancial de su primer matrimonio.

– Mediante escritura de fecha 10 de noviembre de 2021, se otorga por los dos herederos escritura de designación de contador-partidor dativo, y mediante escritura ante el mismo notario, de fecha 7 de junio de 2022, se formalizan por el contador-partidor dativo las operaciones de partición y adjudicación de la herencia causada por las herencias de don F. G. O. y doña D. D. C. En el cuaderno particional se inventarían diversas fincas rústicas, activos de cuentas corrientes y mobiliario y enseres, todos gananciales de don F. G. O. y doña D. D. C., junto con inmuebles rústicos privativos de don F. G. O.; no hay bienes privativos de doña D. D. C. Interesa a los efectos de este expediente que, respecto de la viuda en la herencia de su esposo, don F. G. O., se expresa que «el pago de los derechos del usufructo, se realizarán en los términos previstos por los artículos 839 y 840 del Código Civil para su pago en metálico por los herederos». La vivienda sita en Córdoba se adjudica a los dos herederos por partes iguales. La partición es aprobada por ambos herederos y sin intervención de la viuda, que ha sido notificada en todas las fases del procedimiento por el notario autorizante.

– De los bienes inventariados, hay una finca rústica perteneciente a la demarcación del Registro de la Propiedad de Castro de Río, siendo el resto de otros registros donde se han causado las inscripciones correspondientes.

La registradora señala que es necesaria la intervención del cónyuge viudo para el otorgamiento de la escritura de partición y adjudicación de la herencia, ya que, la viuda, además de ser legataria testamentaria, es heredera y legitimaria del causante; también que es necesario contar con el consentimiento del cónyuge viudo para poder proceder a

la capitalización y conmutación del usufructo viudal, ya que excede de las facultades estrictamente particionales atribuidas por ley a la figura del contador-partidor dativo.

El Notario recurrente alega: Que, respecto del cónyuge viudo, el propio testador, que puede atribuir la legítima por cualquier título (ex art. 815 del Código Civil), ha concretado aquel genérico llamamiento legal legitimario del usufructo de un tercio sobre todos los bienes inventariados en un preciso derecho real de uso sobre bien determinado (la vivienda), por lo que la legítima como *pars bonorum* ha mutado a legítima como derecho real de uso y disfrute, con las características propias e inherentes de derecho sobre cosa determinada y no sobre cuota de patrimonio; que desaparece pues la afección real sobre todos los bienes de la herencia para hacer efectivo ese valor económico del usufructo al momento de la muerte del causante, pues se ha concretado en un derecho que nace directa e inmediatamente sobre un bien y decae por tanto la competencia territorial de la registradora de la propiedad de Castro del Río respecto de un bien concreto ya inscrito; que no cabe revisar la decisión de otra registradora y exigir, con carácter previo a la inscripción sin problemas de su finca, que la finca ya inscrita en otro Registro deje de estar libre de cargas y se haga constar un derecho de uso sobre la mitad de la misma; que la posible e improbable irregularidad de aquella inscripción ya practicada y que está bajo la salvaguarda de los tribunales de justicia, no daría lugar a la nulidad de la adjudicación de los demás bienes que carecen de afección alguna respecto de un derecho real concreto en una finca concreta; que al legar el testador un derecho de uso sobre vivienda inscrita con carácter ganancial a favor del causante y de su primera esposa, y adjudicándose los gananciales en la liquidación por mitades indivisas, entra en juego el artículo 1380 del Código Civil, por lo que el derecho de uso recaerá sobre la mitad de la vivienda adjudicada al causante en la liquidación de gananciales; que al ser el uso de la vivienda, como el derecho de habitación, un derecho que requiere necesariamente ocupación física o detentación posesoria, no cabe constituirlo sobre una cuota indivisa del mismo; que es por estos inconvenientes prácticos y jurídicos del dominio dividido por lo que se ha optado por capitalizar el legado de uso sobre mitad indivisa de una finca, lo que nada afecta a la inscripción suspendida de la adjudicación de la finca de otro Registro; que no parece razonable que, extralimitándose de su competencia territorial, la titular de este último registro exija que se modifique el estado de cargas de una finca ya inscrita en otro registro, teniendo en cuenta que, además, por las circunstancias del caso, ello sería difícilmente viable, para proceder a la inscripción sin problemas de la única finca de la que es competente territorialmente, y no afectada por derecho de uso algún ni cualquier otra limitación.

2. Previamente, alega el notario recurrente que la registradora se ha extralimitado de su competencia territorial al calificar el documento que ha causado inscripción respecto de otras fincas en registros de otra demarcación. En primer lugar, respecto de la distinta calificación realizada con respecto a las de otros registros, hay que recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos (cfr., por todas, las Resoluciones de 9 y 13 de marzo, 4 de abril y 8 y 22 de mayo de 2012, 22 de febrero, 7 de marzo, 3 de abril y 24 de junio de 2013 y 25 de julio y 13 de noviembre de 2017, así como, entre las más recientes, 18 de enero de 2024).

Otra cosa es que la calificación para inscribir el documento respecto de una finca lo sea por referencia a actos que afectan a otra ya inscrita. En este punto, la calificación del documento es unitaria, por lo que los defectos del mismo pueden ser señalados con independencia de que afecten directamente a otra finca de distinta demarcación registral. Ahora bien, hay que recordar respecto de esa otra inscripción realizada que, toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del registro parte del principio esencial según el cual los asientos registrales están bajo la salvaguarda de

los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho –lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad–, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Aclarado esto, procede entrar en el fondo del expediente.

3. En cuanto a la argumentación expuesta en la calificación respecto de la necesaria intervención de la viuda en la partición, 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 artículo 657 y aplicación indebida de los artículos 1075 y 1079 del Código Civil en relación con los artículos 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 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.

4. En este análisis debe tenerse en cuenta que el artículo 22.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria introdujo la reforma del artículo 1057 del Código Civil, por la que se atribuyen dos cualificadas funciones al notario (y al letrado de la Administración de Justicia), antes atribuidas al juez, consistentes, por una parte, en el nombramiento del contador-partidor dativo, y, de otra parte, la aprobación de la partición, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios; pero no hay que olvidar un extremo ciertamente relevante: las reglas que gobiernan la partición realizada por el contador-partidor dativo en principio deben ser iguales a las del contador-partidor testamentario, pues no ostenta mayores facultades, pero tampoco menores que las de aquel.

En el presente caso, las anteriores consideraciones no pueden impedir la inscripción pretendida porque la partición es realizada por el contador-partidor dativo. Como ha quedado expuesto, el contador-partidor dativo ha confeccionado el cuaderno particional, que no requiere de la aprobación de los herederos y legitimarios si es aprobada por el notario. Por tanto, la primera argumentación de la calificación, referida a la necesidad de la intervención de la viuda en su calidad de «heredera legitimaria», debe decaer.

5. En la segunda argumentación del defecto señalado, se sostiene que, para la transformación del derecho de uso del cónyuge viudo en un pago en metálico, carece el contador-partidor de facultades para realizarla sin el consentimiento de todos los herederos, entre ellos la viuda, como heredera legitimaria, especialmente teniendo en cuenta que se trata de una conmutación del usufructo viudal.

En cuanto a la conmutación del usufructo viudal, el artículo 834 del Código Civil dispone que el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

No obstante, el artículo 839 del mismo código atribuye a los herederos la facultad de conmutación de la cuota legal usufructuaria del cónyuge mediante la asignación de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, debiendo proceder de mutuo acuerdo o, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Añadiendo el artículo que, en tanto esta conmutación no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago del usufructo.

En el supuesto concreto, viuda de segundas nupcias que no es madre de los herederos, este artículo es completado por el artículo 840 del mismo texto legal que

dispone que «cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en efectivo o un lote de bienes hereditarios».

Así, el artículo 839 permite la conmutación del usufructo por una renta vitalicia, el producto de determinados bienes o un capital efectivo, «procediendo de mutuo acuerdo, y en su defecto, por virtud de mandato judicial» y el artículo 840 permite que lo pueda exigir el cónyuge viudo. Esta regla general se ha perfilado por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que esta facultad de conmutar corresponde a los herederos sin distinguir entre voluntarios o forzosos, por testamento o abintestato; y también, según la doctrina mayoritaria, que puede el testador ejercitar la facultad de conmutación en su testamento e incluso imponer o prohibir la conmutación, tanto al cónyuge supérstite como a los herederos.

Menos pacífica es la cuestión de si en el acuerdo para la conmutación debe incluirse el cónyuge viudo. Por un lado están quienes entienden que la facultad de conmutar corresponde a herederos y legatarios sobre los que recaiga la cuota viudal, de común acuerdo –no siendo aceptable que cada uno imponga una fórmula diversa– y a falta de acuerdo decidirá la autoridad judicial; por otro lado, quienes consideran que la expresión «mutuo acuerdo» no puede referirse al de los herederos entre sí, respecto de los cuales la expresión adecuada sería la de «común acuerdo», por lo que «mutuo acuerdo» presupone dos partes con intereses contrapuestos por concordar. En este último sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2001, requiriendo la conformidad del viudo, o la aprobación judicial subsidiaria para la elección de la modalidad de conmutación, tesis que confirma la Sentencia del mismo Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009.

Si bien el ejercicio de la facultad de conmutar compete a los herederos, con posibilidad de escoger la modalidad de la conmutación, esta requiere el consentimiento del cónyuge viudo en relación con la valoración de su derecho y la concreción de los bienes afectos a su pago, según Resolución de esta Dirección General de 3 de febrero de 1997 reiterada por otras (*vid.* «Vistos») y la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2001. En defecto de conformidad con el viudo se habrá de acudir a la decisión judicial.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 839 prevé como garantía del cónyuge viudo, mientras la legítima no se haga efectiva, la afección al pago de la misma de todos los bienes integrantes de la herencia, de manera que, una vez se haga efectiva la conmutación, ya no resulta de aplicación esta garantía. De este modo, si la legítima ha de satisfacerse mediante una renta vitalicia, la entrega de frutos de determinados bienes o un capital en efectivo, el cónyuge viudo y los herederos habrán de convenir acerca de las garantías que aseguren su cumplimiento y, en defecto de acuerdo, habrá de imponerlas el juez. En definitiva, es necesaria la intervención del cónyuge viudo en la escritura de aceptación y partición del causante, no pudiendo llevarse a cabo el otorgamiento de forma unilateral por los herederos. Ahora bien, en el presente supuesto se trata de una partición realizada por contador-partidor.

6. En los casos de partición realizada por el contador-partidor, se ha interpretado por la doctrina, que, como regla general, no puede decidir por sí solo la conmutación; por excepción, lo puede hacer si el causante la impone o le faculta expresamente; si lo ha hecho indicando el medio solutorio, en el contador deberá proceder a la conmutación con ese medio; si se limita a autorizarla o a indicarla simplemente, sin especificar la prestación sustitutoria, el contador deberá cumplir lo ordenado en el testamento, quedando a salvo el derecho del cónyuge supérstite o de los herederos para reclamar, caso de perjuicio para sus derechos legitimarios. También se ha interpretado que la conmutación ordenada por el testador vincula a los herederos, lo que es indudable si los herederos obligados son voluntarios, o, aunque sean forzosos, si la legítima ha de pagarse con cargo a la parte libre y ésta se deja también a aquellos. En definitiva, el cónyuge viudo, como heredero forzoso, debe consentir dicha partición, según reiterada jurisprudencia y la postura de esta dirección general.

Cabe citar, en relación con esta materia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009, que en una partición realizada por un contador-partidor judicial, declara, en relación con la facultad de conmutación del artículo 839 del Código Civil: «este derecho corresponde ejercerlo a los herederos, pero con la conformidad del cónyuge viudo, y que cuando falta el acuerdo corresponde a la autoridad judicial la decisión sobre la forma de pagar dicho usufructo». Y, en relación con la necesidad de que la conmutación se realice con alguna de las fórmulas legalmente previstas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2011, también en una partición por contador-partidor, declara: «se ha de considerar que la partición efectuada incurre en la nulidad denunciada por la parte actora, en primer lugar por infringir claramente lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, que determina las formas en que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en el usufructo, sin que lógicamente se puedan atribuir para ello bienes en propiedad sin el consentimiento expreso de todos los herederos». Por último, cabe citar la Resolución de este centro directivo de 22 de octubre de 1999, que exige el consentimiento del cónyuge viudo legitimario tanto a la partición de los herederos como a la posible conmutación de su derecho, siempre a salvo de aprobación judicial alternativa, afirmando: «aceptada la herencia, la legítima del cónyuge viudo –a la que existe un llamamiento directo “ex lege”– no se trata de un simple derecho de crédito (...) sino que constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario, que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia hasta que con consentimiento del cónyuge legitimario o intervención judicial se concrete sobre bienes determinados o sea objeto de la correspondiente conmutación (cfr. artículos 806 y 839, párrafo segundo, del Código Civil)».

7. En este sentido, es criterio doctrinal unánime que la misión del contador-partidor consiste únicamente –valga la redundancia– en contar y partir, de modo que carece de facultades dispositivas, al ser las suyas simplemente particionales. Por ello ha de respetar la igualdad cualitativa en la formación de los lotes (cfr. artículo 1061 del Código Civil), evitando, en cuanto sea posible, los suplementos en metálico; aunque se ha entendido por autorizada doctrina que dicho precepto no impone una igualdad matemática absoluta, ni impone la participación de todos los herederos en cada bien de la herencia. En suma, que la regla de la igualdad es de carácter relativo y depende de las circunstancias del caso, y así, por ejemplo, este Centro Directivo en Resolución de 28 de febrero de 2018 declaró: «la regla del artículo 1061 del Código que impone la igualdad en la integración de los lotes de los herederos, referida principalmente a la partición hecha por contador-partidor, ha de tener como una de sus excepciones el supuesto que contempla el artículo siguiente, el 1062, para el caso de cosas indivisibles, y esta excepción entendida como simple acto particional, encajable por tanto dentro de las facultades de los contadores partidores, ha sido interpretada con gran amplitud por la doctrina de este Centro Directivo –vid. Resoluciones de 10 de enero de 1903, 23 de julio de 1925, 6 de abril de 1962, 2 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 2003 y 16 de septiembre de 2008– al punto de considerar que es la solución más lógica cuando en la herencia existe tan solo un bien jurídico o económicamente indivisible».

Ahora bien, lo que sí es comúnmente admitido es que el contador-partidor no tiene la facultad de realizar la conmutación del usufructo del viudo, pues ello excedería de la facultad de realizar la «simple partición» de la herencia a la que se refiere el artículo 1057 del Código Civil (cfr. en este sentido Resoluciones de este Centro Directivo de 17 de mayo y 18 de diciembre de 2002 y 8 de octubre de 2013, esta última referida al ámbito de facultades del cónyuge viudo titular de un poder testatorio pudiera adjudicarse bienes en pago de su usufructo). Postura también seguida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de junio de 2011, cuando declara que «se ha de considerar que la partición efectuada incurre en la nulidad denunciada por la parte actora, en primer lugar por infringir claramente lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, que determina las formas en que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en el usufructo, sin que lógicamente se puedan atribuir para ello bienes en propiedad sin el consentimiento expreso de todos los herederos».

Por lo demás, en este caso se ordenó en el testamento un legado de uso de una vivienda siendo también criterio unánimemente admitido que el contador-partidor carece de facultad de realizar elección alguna, como tampoco la tiene en general para elegir en los legados alternativos.

Este centro directivo ha puesto de relieve (cfr. Resolución de 3 de julio de 2019) que «el contador-partidor no puede realizar actos que excedan de lo particional: entre ellos (...) prescindir del viudo en la liquidación del régimen económico-matrimonial; realizar conmutación de la legítima del viudo; realizar hijuelas para pago de deuda; o atribuirse funciones privativas del testador, como es la revocación de disposiciones o la valoración de los supuestos de desheredación. Tampoco constituye acto particional decidir si una legataria a la que se atribuye en el testamento la opción de ser legataria de parte alícuota o recibir en usufructo una finca ha cumplido o no la condición impuesta por el testador a la misma, sino que se trata de un presupuesto o cuestión previa a la propia partición, que sólo puede resolverse si se acredita que la interesada ha prestado su conformidad o ha sido resuelta la cuestión judicialmente en otro caso. Ni tampoco podría proceder a la disolución de comunidad existente con un tercero (cfr. Resolución de 14 de septiembre de 2009)».

Por consiguiente, la formulación de tal defecto con solo estos parámetros generales sería ajustada a derecho. Pero en el presente expediente hay que traer a consideración otras variables que conviene tener en cuenta: que se trata de un legado de uso y no de usufructo, lo que hace discutible que el legado lo sea de la cuota legitimaria del viudo; que lo legado se trata de un derecho de uso y habitación, de carácter especial; y que la propiedad del inmueble sobre el que recae, no pertenece íntegramente a la masa de la herencia.

8. En cuanto a la naturaleza del legado, da por supuesto la registradora que se trata de un legado de cuota legal usufructuaria, con lo que aboca el defecto a la conmutación del usufructo. Esta aseveración requiere necesariamente una interpretación de la disposición ordenada por el testador, que se trata de un legado de «un derecho de uso de la vivienda que actualmente le sirve de domicilio a su actual esposa Doña R. R. G., con cuyo legado se entenderán pagados sus derechos legitimarios».

La registradora ha interpretado que se trata de un legado de cuota legal usufructuaria. El contador-partidor ha interpretado y considerado que se trata de un legado de derecho de uso con cargo a los derechos legitimarios.

La diferencia es importante: en el primer caso, el pago de los derechos de la viuda en metálico, aunque sea hereditario, supone una conmutación del usufructo viudal; en el segundo caso, se trata de un legado de un derecho de uso, que, en el caso de solicitarse la entrega por la legataria, es con cargo a sus derechos legitimarios hasta donde alcance, y si no solicita la entrega del legado –iniciativa de ella–, le corresponden en otros bienes de la herencia –metálico en este supuesto–, pero no hay tal conmutación sino una adjudicación ordinaria dado que no se le ha ordenado un legado de usufructo sino de otra cosa.

En la partición consta que, a la viuda, en la herencia de su esposo, «el pago de los derechos del usufructo, se realizarán en los términos previstos por los artículos 839 y 840 del Código Civil para su pago en metálico por los herederos»; lo que no aclara si se hace o no conmutación. Lo cierto es que a la viuda se le adjudica por el contador-partidor metálico que sí consta en el inventario de la herencia, y ella no ha tomado iniciativa alguna para reclamar su legado de uso de la vivienda, de manera que nada ha manifestado al respecto habiendo sido notificada en todas las fases del procedimiento. Por tanto, existen razones para considerar que la adjudicación hecha por el contador-partidor dativo es la correspondiente a su legítima, y con metálico de la herencia, sin perjuicio de que en el futuro pueda reclamar la entrega del legado, que, como se verá, por la naturaleza de su objeto, es sobre cosa ajena.

9. En cuanto a la naturaleza del derecho de uso y habitación, esta cuestión fue abordada por este Centro Directivo en Resolución de 5 de octubre de 2015 y otras posteriores. En ella se recuerda que el derecho de habitación tiene unas características

especiales que determinan que aun cuando se trata de un derecho real tiene connotaciones propias de los personales. Así, el artículo 525 del Código Civil establece que no se puede arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título, y en el artículo 529, además de las causas de extinción del usufructo, establece que se extinguirá también por el abuso grave de la habitación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1983 enumera los caracteres del derecho de uso, que pueden aplicarse también al de habitación. Se trata –según la Sentencia– de: a) un derecho real; b) de uso y disfrute; c) recayente sobre un inmueble; d) limitado a las necesidades del mismo; e) de carácter personal (en el sentido de personalísimo e intransmisible), con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son: f) la temporalidad del uso (y de la habitación) y g) su especial régimen jurídico.

Siendo los derechos de uso y habitación derechos reales en cosa ajena, son perfectamente compatibles con la existencia de un derecho de dominio en otra persona, al cual limitan. Esto significa que, para cualquier constitución de este derecho real sobre cosa ajena, es necesario el consentimiento del titular o titulares de la misma, porque supone un acto de disposición (artículo 397 del Código Civil).

Así, en principio, ninguna dificultad existe en la posibilidad de adquirir una cuota indivisa del derecho de habitación de una vivienda, lo cual, no obstante, plantearía todos los problemas comunes de cotitularidad sobre un derecho y el específico derivado de la detentación posesoria que conlleva el derecho de habitación, siendo así que, como alega el notario recurrente, no cabe que el derecho de habitación recaiga sobre la mitad indivisa de la vivienda, por cuanto el derecho real de habitación al serle consustancial la facultad de ocupar (físicamente) a su titular en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, no es posible que recaiga sobre una mitad indivisa de la casa, lo cual no debe confundirse con la posibilidad de que se le adjudique a la viuda una mitad indivisa del derecho de habitación de la casa. Como puso de relieve este centro Directivo en la Resolución de 5 de octubre de 2015, esta es una diferencia sustancial con el derecho real de usufructo, por cuanto el usufructo atribuye el derecho a disfrutar los bienes ajenos (cfr. artículo 467 del Código Civil), que atribuye a su titular el derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes usufructuados (artículo 471 del Código Civil), sin exigirse necesariamente la detentación posesoria. En este sentido, la Resolución de 5 de octubre de 2015, fue recurrida ante los tribunales de Justicia y, mediante sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba, de fecha 2 de junio de 2016, fue desestimada la demanda y confirmada la citada resolución. En esa sentencia se pone de relieve que «no cabe que el derecho real de habitación recaiga sobre la mitad indivisa de la vivienda, por cuanto el derecho real al serle consustancial la facultad de ocupar (físicamente) a su titular en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, no es posible que recaiga sobre una mitad indivisa de la casa».

10. La tercera nota particular en este legado es que la propiedad del inmueble sobre el que recae no pertenecía íntegramente a la masa de la herencia. Al ser ganancial del primer matrimonio, la mitad pertenece a los herederos por la herencia de su madre y la otra mitad por la del testador. Como bien alega el notario recurrente, por aplicación del artículo 1380 del Código Civil, el legado del derecho de uso sobre la totalidad de la vivienda se materializa sobre la mitad de la misma con la imposibilidad de que recaiga el uso sobre esa parte indivisa, mutándose en metálico, al igual que el valor del uso sobre la otra mitad de la vivienda que se ha adjudicado a los herederos, pero por herencia de su madre.

Como se ha dicho, cabe el legado de uso –o de habitación– sobre la citada vivienda aun cuando grave cosa ajena, pero no es factible que lo sea sobre la mitad indivisa de la misma. En consecuencia, se debe entender que el legado de uso ordenado lo es sobre la totalidad de la vivienda si bien esta, en cuanto a una mitad indivisa, como consecuencia de las adjudicaciones del contador-partidor, pertenecía a los dos herederos por herencia de su madre, y la otra mitad indivisa, se les adjudica ahora en la

herencia de su padre. Así, la mitad indivisa de la vivienda pertenece a los dos herederos por título de otra herencia, y estos no prestan su consentimiento a que sea gravada con el derecho de uso –ratifican la partición en la que a la viuda de su padre se le adjudica una cantidad en metálico–, por lo que debe entenderse que el derecho de uso solo gravaría la mitad indivisa; como se ha dicho, no cabe que el derecho real de habitación recaiga sobre una mitad indivisa de la vivienda, por serle consustancial la facultad de ocupar físicamente por su titular, en una casa ajena, las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, por lo que en consecuencia estas razones han llevado al contador-partidor a la capitalización del uso.

11. Recapitulando, los derechos legitimarios de la viuda han sido satisfechos con metálico existente en el inventario; el contador-partidor ha interpretado que se trata de un legado de derecho de uso con cargo a los derechos legitimarios, y ante la falta de iniciativa por la viuda reclamando la entrega de su legado, ha hecho una adjudicación correspondiente a su legítima, y con metálico de la herencia, sin perjuicio de que en el futuro se pueda reclamar la entrega del legado; no cabe que el derecho real de uso o de habitación recaiga sobre la mitad indivisa de una vivienda, por cuanto al serle consustancial la facultad de ocupar por su titular en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, no es posible que recaiga sobre una mitad indivisa de la casa; la propiedad del inmueble sobre el que recae no pertenece íntegramente a la masa de la herencia, ya que, al ser ganancial del primer matrimonio, la mitad pertenece a los herederos por la herencia de su madre y la otra mitad por la del testador y, por aplicación del artículo 1380 del Código Civil, el legado del derecho de uso sobre la totalidad de la vivienda se materializa sobre la mitad de la misma con la imposibilidad de que recaiga el uso sobre esa parte indivisa, mutándose en metálico. Esto ha llevado a que, en la partición, el contador-partidor capitalice los derechos legitimarios de la viuda y los abone con metálico existente en la herencia, sin perjuicio, en su caso, de la acción de reclamación de la entrega del legado. En otro orden, a efectos prácticos, la suspensión de la inscripción de la finca rústica del Registro de la Propiedad de Castro del Río no garantiza nada a la viuda, dado que los restantes asientos han sido practicados y por tanto están bajo la salvaguardia de los tribunales, de manera que su rectificación, en su caso, exigiría, bien el consentimiento de los titulares registrales y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho, o bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. Por tanto, resulta más eficaz reclamar la entrega de su legado, iniciativa que la viuda no ha tomado.

En definitiva, la partición ha producido todos sus efectos.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar 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, 12 de marzo de 2024.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.