

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**4552** *Resolución de 26 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Valencia n.º 13 a inscribir una escritura de protocolización de cuaderno particional y adjudicación de herencia otorgada por la contadora designada en autos de división judicial de patrimonio.*

En el recurso interpuesto por don M. U. C., Abogado, en nombre y representación de doña Concepción, doña María Cruz y don Francisco D. B., contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Valencia número 13, don Adrián Jareño González, a inscribir una escritura de protocolización de cuaderno particional y adjudicación de herencia otorgada por la contadora designada en autos de división judicial de patrimonio.

#### Hechos

I

Las operaciones de división de la herencia de don M. D. G. constan en el cuaderno suscrito, el día 24 de marzo de 2009, por la contadora designada judicialmente, en autos de división judicial del patrimonio hereditario de dicho causante, número 113/08, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mislata, las cuales, el día 7 de septiembre de 2010, fueron aprobadas por Auto 612/10 y se protocolizaron en escritura de fecha 12 de enero de 2011, número 24 de protocolo, autorizada por el Notario de Mislata, don Joaquín Vicente Tenas Segarra, y en la que comparecieron la contadora-partidora designada judicialmente y los tres recurrentes (como seguidamente se explica, hijos del segundo matrimonio de dicho causante).

En el mismo instrumento notarial, los tres herederos de la esposa de don M. D. G., doña E. B. C. (doña Concepción, doña María Cruz y don Francisco D. B.), también formalizaron las operaciones de división y adjudicación de la herencia de aquélla, cuyo inventario era idéntico al de la herencia de don M. D. G. por haber sido de la sociedad de gananciales de ambos todos los bienes que la componían, partiéndose en la escritura de que cada consorte fallecido era titular de una mitad de cada bien.

Como datos complementarios para la resolución del recurso, procede reseñar los siguientes:

Don M. D. G. falleció el día 1 de enero de 1975, casado con doña E. B. C., que falleció posteriormente el día 23 de abril de 1980 y de cuyo matrimonio nacieron tres hijos (ahora recurrentes) doña Concepción, doña María Cruz y don Francisco, sin haber otorgado testamento ninguno de los dos consortes. El causante había contraído un primer matrimonio con doña J. G. G. (fallecida el día 24 de agosto de 1935), del que nació un hijo, don V. D. G., a su vez fallecido el día 21 de marzo de 1997 (se indica en el recurso que en estado de casado y sin que se tenga conocimiento de la identidad de su viudo o viuda, ni del domicilio de ésta), obrando en el expediente del recurso sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Mislata el día 30 de mayo de 2013 (procedimiento contencioso ordinario), en la que se indica que se tramita dicho procedimiento ordinario a los efectos de subsanar las operaciones particionales de la herencia de don M. D. G., protocolizadas en la escritura de referencia, con el objeto de inscribirla en el Registro de la Propiedad, indicándose en el fallo: «Estimo la demanda presentada por Concepción, M.ª Cruz y Francisco D. B. contra Miguel y Víctor D. G., rebelde y declaro como herederos únicos abintestato de V. D. G. a Miguel D. G. y Víctor D. G.».

Los herederos de don M. D. G. son sus hijos doña Concepción, doña María Cruz y don Francisco D. B. por sucesión intestada en aplicación del artículo 930 del Código Civil, y sus nietos don Víctor y don Miguel D. G., por derecho de transmisión de su padre e hijo del causante, don V. D. G., muerto después de éste sin haber aceptado la herencia, en aplicación del artículo 1.006 del Código Civil. A su vez, los herederos de doña E. C. B., serían sus hijos doña Concepción, doña María Cruz y don Francisco D. B. por sucesión intestada y en aplicación del artículo 930 del Código Civil.

## II

Presentado el título a inscripción, fue objeto de sucesivas calificaciones y subsanaciones, hasta llegar a la emitida el día 10 de diciembre de 2013, que es objeto de recurso y que a continuación se transcribe: «Registro de la Propiedad de Valencia n.º 13. Calificado el precedente documento en el día de hoy, presentado en esta Oficina, debidamente autoliquidado del impuesto correspondiente, el día veinte de noviembre del año dos mil trece, causando el asiento 477 del Diario 64; en unión del acta de declaración de herederos abintestato de don M. D. G. y doña E. B. C., autorizado por el Notario de Mislata don Joaquín V. Tenas Segarra, el 12 de enero de 2011; el auto de declaración de herederos abintestato de don V. D. G., en el procedimiento ordinario 650/2012 seguido en el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Mislata y la Diligencia Adicional de 23 de abril de 2012, a los autos de División de Herencia 113/2008, del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Mislata; el Registrador que suscribe ha resuelto suspender la inscripción solicitada, por el defecto subsanable que seguidamente se indica, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos: Resultando del Registro que la única finca radicante en la demarcación de este distrito hipotecario, registral 1.191 de Mislata, es ganancial del matrimonio formado por el Sr. D. y la Sra. B., y que es objeto del negocio pretendido únicamente una mitad indivisa de la misma; se precisa que junto con todos los documentos que complementan las respectivas sucesiones; con carácter previo a las operaciones relativas a las herencias de los referidos cónyuges, se liquide la sociedad de gananciales existente entre ambos, de cuya necesidad advierte el Notario autorizante; debiendo concurrir a dicha operación los herederos de ambos finados, es decir por una parte los tres hermanos D. B., y en representación de don V. D. G., sus dos hijos don Víctor y don Miguel D. G., así como su viuda, dado que del título resulta que dicho señor falleció casado; interesados todos, que además han de haber sido parte en el procedimiento de división de herencia. Fundamentos de Derecho: Artículos 20 de la Ley Hipotecaria, regulador del tracto sucesivo; 105 del Reglamento y 9, 14 y concordantes de la propia Ley y 76 y siguientes del Reglamento para su ejecución. No se toma anotación de suspensión por no solicitarse. Contra la presente nota (...) Valencia, diez de diciembre del año dos mil trece. El Registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

## III

Mediante escrito que causó entrada en el mencionado Registro de la Propiedad el día 10 de enero de 2014, don M. U. C., Abogado, en nombre y representación de doña Concepción, doña María Cruz y don Francisco D. B., interpuso recurso contra la anterior calificación, en el que alega: Primero.—Que los supuestos defectos ya estaban presentes en la primera y segunda calificación, sin que el Registrador advirtiera ninguna necesidad de liquidar la sociedad de gananciales de don M. D. G. y doña E. C. B., ni que hubiera de concurrir a la misma la viuda del heredero transmitente, cuyo estado civil en el momento del fallecimiento también constaba ya en el título; liquidación por lo demás que ya está practicada en las operaciones de partición y adjudicación de sus herencias; Segundo.—Que la concurrencia del cónyuge viudo del heredero transmitente a la operación de liquidación de la sociedad de gananciales de don M. D. G. (causante), sólo podría tener como fundamento (ni expresado en la calificación, ni fundamentado en Derecho), el derecho a la legítima del artículo 843 del Código Civil en la herencia del transmitente don V. D. G., que,

sin embargo, a su juicio, opera solamente en el proceso sucesorio de don V. D. G. y no en el de don M. D. G., que son dos procesos sucesorios distintos y, además, no tiene intensidad suficiente como para precisar de su concurrencia, al no tener el carácter de heredera del transmitente en los términos del artículo 1.006 del Código Civil, ya que la de éste de produce por ley, en defecto de testamento, y el llamamiento opera sólo respecto de los hijos con exclusión expresa de cualquier otro; Tercero.—Que el registrador despliega su calificación en tres momentos sucesivos, apreciando supuestos defectos de diferente etiología cada uno de ellos, pues en la primera calificación, aparte de requerir expresión de la firmeza del auto judicial de aprobación de las operaciones particionales y del hecho de haber sido don Miguel y don Víctor D. G. parte en el procedimiento judicial en que se practican las mismas, interesa la acreditación de la identidad de los herederos de don V. D. G., no haciéndose alusión alguna ni a la supuesta necesidad de liquidar la sociedad de gananciales de los causantes, ni a la necesaria concurrencia de la viuda del heredero transmitente, don V. D. G., a esa operación de liquidación. En la segunda calificación se aprecia falta de acreditación de la condición de herederos de todos los causantes y no se hace alusión alguna ni a la supuesta necesidad de liquidar la sociedad de gananciales de los causantes originarios don M. D. G. y doña E. B. C., ni a la necesaria concurrencia de la viuda del heredero transmitente, don V. D. G., a esa operación de liquidación. Y en la tercera calificación (acreditado que ha sido mediante sentencia judicial firme dictada en un juicio declarativo ordinario, que los herederos de don V. D. G. a los efectos de subsanación de la calificación, son don Víctor y don Miguel D. G.), el Registrador aprecia la supuesta necesidad de liquidar la sociedad de gananciales de los causantes, y la necesaria concurrencia de la viuda del heredero transmitente, don V. D. G., a esa operación de liquidación, incurriendo a su juicio la tercera calificación en el vicio de calificación sucesiva, lo que debe conllevar la estimación del recurso y la nulidad condigna de la calificación que se recurre; Cuarto.—El inventario de las herencias de ambos causantes está integrado por dos inmuebles (en las localidades valencianas de Mislata y Xirivella), y ambos tienen naturaleza ganancial, por lo que los inventarios de ambas herencias que respectivamente forman por un lado la contadora-partidora judicial (para la herencia de don M. D. G.) y por otro los herederos con la autorización del notario don Joaquín Vicente Tenas Segarra (para la herencia de doña E. B. C.), se integran por exactamente los mismos derechos sobre los mismos viene, siendo especulares —sic—. En tal sentido, la contadora-partidora judicial, en el cuaderno protocolizado, expresa que «los dos bienes inmuebles que se describen en el inventario general tienen el carácter de gananciales del causante con doña E. B. C., por lo que, disuelta la sociedad de gananciales como consecuencia del fallecimiento del esposo, pasan a integrar la masa hereditaria de éste la mitad indivisa de cada uno de esos dos bienes», por lo que es evidente que cada uno de los titulares, don M. d. G. y doña E. B. C. (o sus herencias) detentan ya derechos concretos sobre bienes concretos, siquiera permanezcan éstos indivisos cada uno de ellos, pero no formando parte ya del patrimonio ganancial. Posteriormente la contadora-partidora, en las operaciones de división de la herencia, adjudica derechos sobre la mitad indivisa de esos dos bienes a cada uno de los herederos don M. D. G., y el propio Notario que autoriza la escritura afirma que «las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales de los causantes, don M. D. G. y doña E. C. B., implícitas en las operaciones divisorias de la herencia del causante, don M. D. G., realizadas por la contadora partidora, doña M. T. S., reflejadas en el cuaderno particional...»; razón por la cual deberá estimarse el recurso en lo que atañe a este defecto; Quinto.—Que el viudo del heredero transmitente no tiene que concurrir a las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales del causante originario, ya que la sucesión de don V. D. G. (heredero transmitente) y la de don M. D. G. (causante originario) son dos procesos sucesorios distintos; en el primero participará la viuda de aquél, pero en éste no tiene derecho alguno, pues lo ostentan los herederos transmisarios (don Víctor y don Miguel D. G.). Además, la legítima del cónyuge viudo no atribuye a su titular todos los derechos derivados de la condición plena de heredero en la sucesión de que se trate, por lo que la transmisión del «ius delationis» a que se refiere el artículo 1.006 del Código Civil no alcanza al cónyuge viudo del heredero transmitente, y sin olvidar que la condición de herederos de don V. D. G.,

a los efectos de la herencia de don M. D. G., ha sido atribuida a don Víctor y don Miguel D. G., herederos transmisarios, por sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia 1 de Mislata en autos de juicio declarativo ordinario número 650/12, testimonio de la cual se acompañaba al título. Por ello estimaba no ser de aplicación el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, pues todos los titulares de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, herederos de don M. D. G. y doña E. B. C. (don Francisco, doña María Cruz y doña Concepción D. B. –herederos comunes– y don Víctor y don Miguel D. G. –herederos del transmitente–) han participado en la liquidación de la sociedad de gananciales y han sido parte en el procedimiento de división judicial del patrimonio hereditario de don M. D. G.. Por último, sólo se tiene conocimiento (no acreditado documentalmente) de que tenía dos hijos, don Víctor y don Miguel D. G., y éstos son convocados personalmente a la liquidación de la sociedad de gananciales y a las operaciones de partición de la herencia de don M. D. G.; y, Sexto.–Se añaden tres circunstancias -a su juicio de extrema relevancia-, para la debida ponderación de las razones anteriormente aducidas: a) La liquidación de la sociedad de gananciales y operaciones particionales de la herencia de don M. D. G. se producen en el seno de un procedimiento judicial de carácter universal, como es el destinado a dividir la herencia (artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), razón por la que la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la convocatoria a la junta genéricamente a todos los interesados, mediante la publicación de edictos, pues la convocatoria al mismo es universal y la legitimación para intervenir está concedida a todo aquél que alegue algún derecho u obligación respecto del patrimonio concernido. En este caso, ni los herederos de don V. D. G., ni su viuda o viudo comparecieron al proceso de división judicial de patrimonio (pese a estar citado personalmente uno de ellos), ni tampoco impugnaron las operaciones particionales que llevó a cabo la contadora-partidora judicial. Por eso hacer concurrir a las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales de don M. D. G. al viudo o viuda de don V. D. G. supondría presentar una demanda de juicio declarativo contra alguien cuya identidad se desconoce y cuyo paradero igualmente se desconoce, por lo que ni siquiera sería admitido a trámite por ningún tribunal; b) El hecho de que la liquidación de la sociedad de gananciales de don M. D. G. y doña E. B. C., así como las operaciones particionales de la herencia de aquél hayan sido llevadas a cabo por contadora-partidora, matiza, si no excluye, la necesidad de que los interesados concurran personalmente a aquellas operaciones, y ello en los términos de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de enero de 2012 y 18 de junio de 2013, si bien es cierto que en las mismas se trataba de un contador designado por el propio testador; y, c) Los bienes adjudicados a don Víctor y don Miguel D. G. en la herencia de don M. D. G. como herederos transmisarios de su hijo don V. D. G., son precisa y exactamente los que le hubieran correspondido en el caso de que éste no hubiera premuerto al causante, de suerte que en el hipotético caso de estar vivo en el momento de practicarse esta liquidación de gananciales y la división de la herencia de don M. D. G., los derechos hubieran sido los mismos; que exista un viudo o viuda de don V. D. G. que pueda tener derechos sobre los bienes de él es algo que pertenece al proceso sucesorio propio de don V. D. G. en el que no participan, ni pueden participar mis representados.

## IV

El Registrador de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General, mediante escrito que causó entrada en este Centro Directivo el día 22 de enero de 2014.

**Fundamentos de derecho**

Vistos los artículos 806, 807, 839, 1000.1.º, 1006, 1058 y 1392 y siguientes del Código Civil; 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 9, 14, 20, 258 y 326 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 76 y siguientes, 105 y 127 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990, 17 de febrero de 1992, 23 de diciembre de 1993, 31 de diciembre de 1998, 11 de mayo de 2000, 3 de junio de 2004, 10 de julio y 14 de diciembre de 2005, 17 de octubre de 2006, 10 de junio de 2010

y 11 de septiembre de 2013; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1967, 23 de junio de 1986, 22 de octubre de 1999, 17 y 18 de enero, 20 y 23 de junio, 1 de octubre y 19 de noviembre de 2007, 2 de junio y 4 de julio de 2009, 8 de noviembre de 2010, 3 de marzo y 10 de diciembre de 2012 y 11 de diciembre de 2013.

1. Expuestos en los antecedentes de hecho los elementos necesarios para resolver este recurso, los dos defectos que expresa la calificación impugnada se refieren a la necesidad de que, con carácter previo a las operaciones particionales de la herencia del causante (fallecido en 1975) contenidas en el cuaderno otorgado por la contadora designada en autos de división judicial de herencia, se liquide la sociedad de gananciales existente entre el citado señor y su segunda esposa (fallecida en 1980), considerando el Registrador, además, que han de concurrir a dicha operación los herederos de ambos finados, es decir, los tres hijos habidos de dicho matrimonio, y los herederos del otro hijo del finado habido de un matrimonio anterior y fallecido con posterioridad (en concreto en el año 1997), sus dos hijos –transmisarios–, así como su viuda, dado que del título resulta que dicho señor –transmitente– falleció casado.

Tales operaciones se contienen en cuaderno particional suscrito por la contadora designada en procedimiento de división judicial de herencia, el cual, tras su aprobación, se ha protocolizado mediante la escritura calificada en la que el notario autorizante hace constar lo siguiente: «... Yo el Notario, hago a los comparecientes la debida advertencia en orden a la necesidad de la ratificación por parte de los hijos del difunto don V. D. G., es decir, don Víctor y don Miguel D. G., de las operaciones de la liquidación de la sociedad de gananciales de los causantes, don M. D. G. y doña E. B. C., implícitas en las operaciones divisorias de la herencia del causante, don M. D. G., realizadas por la Contadora-Partidora, doña M. T. S., reflejadas en el cuaderno particional, que por medio de la presente se protocoliza...».

El título en cuestión fue objeto de diversas presentaciones que motivaron sus consiguientes calificaciones (tres en total), siendo la última de ellas la que motiva el presente recurso y se ha relacionado anteriormente.

2. Como cuestión previa de carácter procedimental y ante la alegación por el recurrente sobre las calificaciones sucesivas, es cierto que este Centro Directivo tiene reiteradamente proclamado el carácter unitario que ha de tener la calificación (cfr. artículos 258.5 de la Ley Hipotecaria y 127 de su Reglamento), lo que exige que se incluyan en ella todos los defectos existentes en el documento, por lo que no es admisible someter dicho título a sucesivas calificaciones parciales, algo que ha tenido lugar en el presente caso, pero que no ha de impedir entrar a conocer el fondo del asunto debatido.

3. En relación con la primera de las cuestiones planteadas por la calificación impugnada y partiendo de la base de que el objeto del recurso queda delimitado en el momento de su interposición y resulta constreñido tanto por la documentación presentada como por el contenido de la calificación negativa del registrador, no está de más recordar, respecto de la naturaleza de los bienes de la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, que según la doctrina del Tribunal Supremo surge, en tal caso, una comunidad –«posmatrimonial» o «postganancial»– «sobre la antigua masa ganancial cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge supérstite y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fue otra) ostenta una cuota abstracta sobre el “totum” ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad posmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros» (Sentencia de 7 de noviembre de 1997, que recoge doctrina ya mantenida en las Sentencias de 21 de noviembre

de 1987, 8 de octubre de 1990, 17 de febrero de 1992 y 23 de diciembre de 1993, entre otras; con un criterio que ha sido reiterado en Sentencias posteriores como las de 11 de mayo de 2000, 3 de junio de 2004, 17 de octubre de 2006 y 10 de junio de 2010).

En la misma línea, este Centro Directivo también ha reiterado, en Resoluciones de 17 y 18 de enero, 20 y 23 de junio, 1 de octubre y 19 de noviembre de 2007, 2 de junio y 4 de julio de 2009, 10 de diciembre de 2012 y 11 de diciembre de 2013, entre otras, que no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa de todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

De lo anterior se desprende que sólo se puede disponer de los bienes concretos de una comunidad postganancial, sin necesidad de la previa liquidación y adjudicación de los bienes que la integran, cuando el acto sea otorgado por todos los interesados que agoten la plena titularidad del bien.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2005 ha determinado que, disuelta y no liquidada la sociedad ganancial, ya no son aplicables las normas del Código Civil sobre gestión y disposición de bienes gananciales, pero en cualquier caso, no puede uno solo de los cónyuges vender un bien perteneciente a esa comunidad postganancial sin el consentimiento del otro o, en su caso, el de sus herederos o causahabientes. Y añade que ya la Sentencia de 31 de diciembre de 1998 estableció de forma clara «las consecuencias derivadas del tránsito de un régimen jurídico a otro como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales, al declarar que “los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales. Sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado”».

Por tanto, no cabe en modo alguno inventariar mitades indivisas de bienes anteriormente gananciales en las herencias de los partícipes en la disuelta sociedad de gananciales sin realizar la operación previa de liquidar aquélla conforme a Derecho. Respecto de esta cuestión, en el presente caso debe tenerse en cuenta, en primer término, la advertencia que el notario expresa en la escritura de protocolización y que antes se ha transcrito; y, a mayor abundamiento, en el propio cuaderno particional la contadora designada indica que los dos bienes inmuebles que se describen en el inventario general tienen el carácter de gananciales del causante con su segunda esposa, «...por lo que disuelta la sociedad de gananciales como consecuencia del fallecimiento del esposo, pasan a integrar la masa hereditaria de éste la mitad indivisa de cada uno de esos dos bienes...», y, al describir los bienes y reseñar el título de adquisición, expresa, nuevamente lo que sigue: «...y la mitad indivisa que aquí se inventaría por disolución de su sociedad de gananciales pendiente de formalización».

Por lo demás, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil regula, en el seno del proceso de división judicial de patrimonios, y en dos capítulos diferentes, el de división judicial de la herencia y el de liquidación de la sociedad de gananciales, lo que abunda en la idea de que se trata de dos cosas distintas, siendo la liquidación un prius respecto de la división hereditaria que en modo alguno se puede estimar implícita en ella.

Cierto es que en el caso al que se refiere el presente recurso se han seguido los trámites de dicha Ley sólo respecto de la división de herencia y, según la doctrina predominante es predicable su carácter de procedimiento inordinado en la jurisdicción contenciosa, no en la voluntaria, con la consecuencia de que la firmeza del decreto aprobatorio del acuerdo (cabe recordar que antes de la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de diciembre, era el Juez quien aprobaba mediante auto), de no haber mediado oposición o alegación alguna, conlleva que quede vedado acudir ahora a un nuevo proceso judicial argumentando hechos no alegados en su día, entendiéndose que, tras la reforma procesal del 2000, se trata de un verdadero proceso declarativo situado en la órbita de la jurisdicción contenciosa, distinto del de naturaleza voluntaria del juicio de testamentaria de la Ley de Enjuiciamiento anterior de 1881, pues estos procedimientos contemplan una situación de controversia, entre partes determinadas, que ha de ser resuelta jurisdiccionalmente, lo que los sitúa en el ámbito de la jurisdicción contenciosa y explica que la Ley de Enjuiciamiento Civil se haya ocupado de su regulación, sin dejarla pendiente de la futura Ley sobre jurisdicción voluntaria.

Pero debe distinguirse entre la división judicial de la herencia y la liquidación de sociedad de gananciales (que aparecen reguladas en capítulos distintos en ley riuaria), si bien la mayoría de la doctrina y de las Sentencias del Tribunal Supremo (cfr., por todas, la de la Sala Primera, de 14 de diciembre de 2005) admiten la acumulación del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial al de división de la herencia cuando, habiendo fallecido uno o los dos cónyuges entre los que existía un régimen económico de comunidad (no el de separación de bienes), se pretende judicialmente la liquidación de éste y la división de la herencia del cónyuge o cónyuges fallecidos y existe identidad subjetiva entre las personas interesadas tanto en aquélla como en ésta y, en consecuencia, además de liquidar el régimen económico matrimonial se ha de proceder a practicar la partición de la herencia de uno o de los dos finados.

En el presente caso, formalmente, no se ha producido tal acumulación y en modo alguno se puede considerar implícita. Por ello, como no cabe extender el ámbito del procedimiento de división judicial de herencia más allá de lo establecido por el legislador, ni tampoco asimilar la función del «contador» (así es llamado por la Ley de Enjuiciamiento Civil y así es aludido en el auto aprobatorio) designado en el seno de tal procedimiento (con una función ceñida a la práctica de operaciones divisorias, ex artículo 786 de Ley de Enjuiciamiento Civil), a la del contador-partidor testamentario (lo que admite el recurrente en su escrito) que, como es conocido, tiene unas funciones más amplias, el primer defecto expresado en la calificación impugnada (necesidad de liquidar previamente la sociedad de gananciales) ha de ser confirmado.

4. En relación con la segunda de las cuestiones planteadas en la calificación objeto del presente recurso, debe determinarse si en la liquidación de gananciales y partición de la herencia, en la que determinados herederos suceden por derecho de transmisión, es o no necesaria la intervención del cónyuge viudo legitimario del transmitente.

Ciertamente, este Centro Directivo ha entendido (cfr. la Resolución de 22 de octubre de 1999) que aceptada la herencia del segundo causante –transmitente– por quienes suceden «iure transmissionis», la legítima del cónyuge viudo de aquél no es un simple derecho de crédito frente a su herencia y frente al transmisario mismo, 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. Por ello, la anotación preventiva en garantía de los derechos legitimarios del viudo que se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1909 fue suprimida en la vigente Ley de 1946). Entre esos bienes habrían de ser incluidos los que el transmisario hubiera adquirido como heredero del transmitente en la herencia del primer causante, por lo que debería reconocerse al cónyuge viudo de dicho transmitente el derecho a intervenir en la partición extrajudicial que de la misma realicen los herederos.

No obstante, esta doctrina ha de ser revisada a la vista de los pronunciamientos que se contienen en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, según la cual «...debe concluirse, como fijación de la Doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1.006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisor. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el ius delationis integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente».

La consecuencia que se sigue de esta doctrina jurisprudencial es que en las operaciones divisorias de la herencia que motivan este recurso (la del primer causante) no es necesaria la intervención del cónyuge del transmitente y sí tan solo la de los transmisarios, por lo que este extremo de la calificación impugnada debe ser revocado.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, revocando el segundo defecto de la calificación impugnada, y confirmar el primero, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

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, 26 de marzo de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.