

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12232 *Resolución de 28 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Mondoñedo, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencias.*

En el recurso interpuesto por doña M.C.M.D. contra la calificación de la Registradora de la Propiedad de Mondoñedo, doña Noemí Sarai Alcobendas Delgado, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencias.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por la Notaria de Bailén (Jaén) doña Esperanza Méndez Vilchez, de fecha 29 de noviembre de 2019, se otorgaron las operaciones de aceptación y adjudicación de las herencias causadas por los cónyuges don JPG y doña MDCMD.

Don JPG falleció el día 29 de noviembre de 2018, dejando de su matrimonio una única hija por reconocimiento de filiación hecho en el Registro Civil el 22 de agosto de 2011, llamada doña MCMD. Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento, mancomunado junto con su esposa, de 7 de abril de 2014, ante el Notario de Foz (Lugo), don Francisco Manuel Mariño Pardo, en el cual declararon entre sus datos de filiación, ser de vecindad civil foral gallega, estar «casados en únicas nupcias, sin haber tenido descendientes de su matrimonio y teniendo doña MDCMD, una hija no matrimonial llamada doña CMD»; entre las disposiciones, interesan las siguientes: «Doña MDCMD reconoce a su hija doña MCMD, la legítima, que podrá serle abonada en metálico incluso extrahereditario, o parte en dinero y parte en bienes, siempre a elección del heredero, con derecho de representación a los descendientes. Si la ley reguladora de la sucesión redujese o suprimiese los derechos legitimarios que reconoce la ley actual, se tendría en cuenta aquella ley para determinar los derechos reconocidos... Se instituyen los testadores herederos recíprocamente el uno del otro».

Doña MDCMD falleció el día 12 de agosto de 2019, bajo su último testamento de fecha 26 de julio de 2019, ante el Notario de Burela (Lugo), don Ignacio Catania Palmer, en el que entre sus datos de filiación manifiesta tener vecindad civil gallega, ser viuda, y que en estado de soltera tuvo a su única hija llamada doña MCMD. Entre otras, interesa a los efectos de este expediente, que «Lega toda participación o derecho que le corresponda a la testadora, sobre la vivienda en la que habita, sita en Foz (Lugo) (...), a su cuidador don CDM, que a efectos de identificación... Faculta expresamente al legatario para tomar posesión por sí mismo de lo legado... En el remanente de su herencia, instituye heredera a su nombrada hija, doña MCMD y a sus nietos S y CBM, a partes iguales, sustituyéndolos en caso de premoriencia o incapacidad por sus descendientes... Revoca toda disposición testamentaria de fecha anterior la presente».

En el otorgamiento de la escritura intervienen doña MCMD, don S y doña CBM. Deciden todos, que, en la herencia de don JPG, habida cuenta la filiación por reconocimiento de doña MCMD, debe entenderse preterida, y tiene derecho a la legítima que prevé el derecho civil gallego en una cuarta parte de la herencia, por lo que, distribuyen esa a razón de un cuarto para doña MCMD y los otros tres cuartos para la masa de la herencia de doña MDCMD. Por otra parte, se manifiesta que la segunda

causante había aceptado tácitamente la herencia causada por su esposo, aunque no la formalizó en escritura.

Como consecuencia de su carácter ganancial, la vivienda de la (...), se adjudica por liquidación de la sociedad de gananciales, por mitad a cada una de las masas hereditarias; por la sucesión de don JPG, de su mitad, tres cuartas partes se adjudican a la heredera doña MDCMD, esto es a su masa hereditaria y la otra cuarta parte a doña MCMD por sus derechos de legítima; la mitad correspondiente a doña MDCMD por sus gananciales, y las tres cuartas partes de la otra mitad por herencia de su esposo, esto es, siete octavas partes del inmueble, queda «pendiente de la entrega formal del legado efectuado por doña MDCMG en favor de don CDM...».

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Mondoñedo el día 30 de enero de 2020, y fue objeto de calificación negativa de 3 de abril de 2020 que a continuación se transcribe en lo pertinente:

«Hechos: Se ha presentado en este Registro a las doce horas y cuarenta y cinco minutos del día treinta de enero de dos mil veinte, asiento 175 del Diario 71 una escritura otorgada el veintinueve de Noviembre del año dos mil diecinueve ante la Notario de Bailén, Esperanza Méndez Vilchez número 1187/2.019 de protocolo, por la que fallecidos don J. P. G. y doña M. D. C. M. Díaz sus herederos M. C. M. D., S. B. M. y C. B. M. aceptan la referida herencia y se adjudican el 12,5% de la finca número 3/18168 y 1/22 ava parte indivisa de la finca 3/18152, que se corresponde con la plaza de garaje señalada con el n ° 7, únicas operaciones solicitadas. El documento fue retirado por el presentante el 20 de febrero de 2020. El 20 de febrero de 2020 la escritura es reintegrada al Registro, y se solicita también la inscripción de 4/7 partes indivisas de la finca 3/7067 (finca n ° 10).

En dicha escritura comparece doña M.C.M.D. junto con sus hijos S. y C. B. M. para llevar a cabo la adjudicación de bienes de las herencias causadas por Don J. P. G. y doña M. D. C. M. D.

En el testamento del primer causante –que es mancomunado– se indicaba que Don J. se hallaba casado con doña D. de quien no tenía descendencia, y teniendo la esposa una hija no matrimonial llamada C. En dicho testamento mancomunado los causantes se instituyen recíprocamente herederos con sustitución al fallecimiento de cualquiera de ellos en favor de la persona que les cuide hasta el fallecimiento.

Tras el fallecimiento del causante Doña M. D. otorgó nuevo testamento en la que lega toda la partición o derecho que le corresponda a la testadora sobre la vivienda en la que habita sita en Foz, Lugo, (...) a su cuidador. Don C. D. M. que a efectos de su identificación está casado con una señora cuyo nombre es E. y que tiene dos hijos. Faculta al legatario para tomar por sí mismo lo legado. Instituye en el remanente de su herencia a su hija y sus nietos doña C. M. D. y don S. y doña C. B. M.

El piso legado consta inscrito a favor de la sociedad de gananciales habida en el matrimonio entre Don J. y doña D.

Los herederos en la escritura señalan que correspondería en la liquidación de gananciales la mitad del bien a Don J. y la otra mitad a doña M. D.

Se indica en la escritura que Don José preterió de forma no intencional a la Doña C. M. D. pues la reconoció como hija suya. En dicho reconocimiento que se acompaña a la escritura consta como fecha de reconocimiento el 2011 esto es 3 años antes del otorgamiento del testamento mancomunado. Sin embargo, en el testamento el causante hace constar expresamente que carece de descendientes y señalan que es la esposa y no él la única que tiene a C. como legitimaria.

Los herederos, como hemos señalado imputan la mitad del bien a la herencia de Don J. y entienden que dicha preterición es no intencional y adjudican en pago de su legítima a doña C. M. D. una octava parte indivisa de la finca.

Las otras siete octavas entienden que corresponden a D.: a) como heredera de Don J. en cuanto a tres octavas y b) las cuatro octavas restantes por derecho propio de doña D. en la liquidación de gananciales habida con su esposo

En consecuencia, atribuyen el bien: 1/8 a Doña C. como legitimaria preterida no intencional de Don J. 3/8 a Doña D. como heredera instituida por Don J. 4/8 a Doña D. en su liquidación de gananciales. Estas 7/8 que corresponden a Doña D. quedan pendientes de entrega al legatario.

Es defecto que impide la inscripción del documento en cuanto a 1/8 parte de la finca, la incorrecta adjudicación de 1/8 parte del bien a favor de Doña C. sin la intervención y consentimiento del legatario del bien.

Además, entre los bienes inventariados a favor de Don J. consta como partida número 10 del inventario el derecho hereditario que se concretará en 4/7 partes indivisas de una vivienda protegida sita en Foz e inscrita en este registro al tomo 368, libro 71, folio 154, finca 7067 y que se indica que dicho derecho hereditario pertenece a Don J. en cuanto a 1/7 por herencia de su madre G. y 3/7 en cuanto heredero de sus hermanas R., E. y C. Se advierte por la Notaría que la adquisición de los derechos hereditarios de Don J., proceden todos ellos de una serie de herencias no formalizadas. Bajo el número y folio indicado no consta inscrita finca a nombre de Doña G., lo que supone un defecto de falta de tracto, que podrá subsanarse con corrección en los datos de identificación toda vez que esta sí que tiene bienes a su favor en este distrito. No obstante, lo cual, se observa el defecto en cuanto a la adjudicación de los derechos hereditarios por cuanto:

A. No se acredita por los herederos de Don J. el derecho de este en la herencia de su madre y hermanas al no aportar la documentación que le reconozca un derecho en sus herencias.

B. Además que el derecho hereditario es un derecho in abstracto que no permite adjudicación ni concreción en cuotas o partes determinadas de bienes pues la adjudicación concreta requiere de un acto de partición.

C. Dicho derecho no es susceptible de inscripción sino de anotación.

Ello en atención a los siguientes Fundamentos de Derecho:

Conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el Registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación –entre otros extremos– a “los obstáculos que surjan del Registro”, a “la legalidad de sus formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción”, a “las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos” y a la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad.

1. En cuanto a la adjudicación de derechos a favor de doña C. en el bien legado por Doña D.:

La ley de derecho civil de Galicia establece en su artículo 246 que “Si el testador no hubiera asignado la legítima en bienes determinados, los herederos, de común acuerdo, podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico, aunque sea extrahereditario. A falta de acuerdo entre los herederos, el pago de la legítima se hará en bienes hereditarios. 2. Salvo disposición del testador o pacto al respecto, no podrá pagarse una parte de la legítima en dinero y otra parte en bienes”. Y el artículo 249.1. El legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor.

Conforme al artículo 251.1. Si no hubiera en la herencia bienes suficientes para el pago de las legítimas podrán reducirse por inoficiosos los legados y donaciones computables para su cálculo, comenzando, salvo disposición en contra del testador, por los primeros a prorrato. Si no fuera suficiente, se reducirán también las donaciones por el orden de sus fechas, comenzando por las más recientes. 2. Si las reducciones a que

se refiere el apartado anterior no fueran suficientes, también podrán reducirse las apartaciones hechas por el causante y los pactos sucesorios. Si se realizaran varias, se reducirán todas a prorrateo. 3. Los afectados por la reducción podrán evitarla entregando en metálico su importe para el pago de las legítimas.

La legítima en el ámbito del derecho común tiene carácter de *pars hereditatis*, lo que implica una titularidad sobre parte del valor económico de los bienes de la herencia, como un derecho real de realización de un valor. La dirección general de los registros y del notariado en resolución de 15 de septiembre de 2014 reconoce que 'En la actualidad es pacífica, en doctrina y jurisprudencia, la consideración de la legítima como una *pars bonorum*' o en su caso '*pars hereditatis*'. En la jurisprudencia, el Tribunal Supremo conceptúa la legítima como una '*pars hereditatis*', en cuanto los legitimarios son herederos y cotitulares directos del activo hereditario. No cabe su exclusión de los bienes hereditarios salvo supuestos excepcionales y en los términos de conformidad expresados.

La Sentencia de 8 de mayo de 1989, en la estela de pronunciamientos anteriores, dice que la legítima es cuota de herencia y ha de ser abonada, precisamente, con bienes de la herencia, dado que los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales

En cambio, en La ley de derecho civil de Galicia esa naturaleza del legitimario no se da. Se reconoce al legitimario un derecho de crédito que ha de ser satisfecho por el heredero con bienes de la herencia o en metálico. Y recae en el heredero además la elección de pagar de una u otra forma a falta de disposición del testador. Pero además se indica en la ley de derecho civil de Galicia que para el pago de dicha legítima no se reducen los legados sino cuando estos son inoficiosos.

Así la SAP de A Coruña (S. 4.ª) de 17/06/2016, (JUR 2016U83848) F.J. 3.º 'En efecto, la legítima de los descendientes de 2/3 partes del haber relicto del causante – constituida por el tercio de legítima estricta y por el tercio de mejora– en los términos del art. 808 del CC (LEG 1889,27), se reduce a la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido conforme al art. 243 de la LDCG. Por otra parte, deja de concebirse como '*pars bonorum*', es decir como porción de bienes de la herencia, que faculta activamente al legitimario para instar la partición judicial de la herencia, para convertirse en una '*pars valoris*', esto es en un simple valor del caudal relicto del causante, que confiere al legitimario un derecho de crédito, al que se refiere el art. 249.1 de la mentada Disposición General."

Y llegados a este punto es cuando todas estas normas entran en relación con la adjudicación que se ha realizado de una parte del bien legado a Doña C. en pago de una legítima adquirida por una preterición calificada por la Notario de no intencional.

Resulta de la Ley de derecho civil de Galicia que el legitimario no tiene derecho al pago en bienes concretos y que el pago podrá realizarse con bienes o en metálico y que sólo 'Si no hubiera en la herencia bienes suficientes para el pago de las legítimas podrán reducirse por inoficiosos los legados' resultando además que 'Los afectados por la reducción podrán evitarla entregando en metálico su importe para el pago de las legítimas'.

En el testamento como se indicó anteriormente Don J. instituyó como única heredera de sus bienes a su esposa. Por tanto, todos los derechos que en el bien legado le correspondían a don J. pasan a favor de Doña D. como heredera. Y el resto del bien le corresponde en la liquidación de gananciales igualmente a Doña D. Y sólo habría lugar a la reducción de tal legado en la medida en que el mismo resultase inoficioso por perjudicar la legítima de Doña C. en la herencia de don J.

En ningún caso queda acreditado en el documento la existencia de inoficiosidad en el legado que implique la necesidad de reducirlo por inoficioso. Y dicha circunstancia requiere el consentimiento del legatario en el propio documento. Legatario que además tiene la facultad de compensación que más adelante señalaremos lo que hace imprescindible su intervención.

Y, además, hay que tener en cuenta que excede del ámbito competencial la atribución del carácter intencional o no de la preterición de C. en la herencia de Don J. sin la intervención de todos los afectados por ella, esto es sin la intervención de C., máxime cuando los únicos derechos que se han visto mermados en la partición han sido los del legatario.

La RDGRN, con buen criterio, sustentando su argumentación en la salvaguarda judicial de los derechos manifestada en el artículo 24 de la Constitución, entiende que 'la ineficacia del contenido patrimonial del testamento precisa, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso incoado por el preterido, la declare'. Es necesaria la declaración judicial de ineficacia del testamento viciado de preterición para que los preteridos puedan hacer valer sus derechos.

Pero además resulta que en materia de preterición hay que tener en cuenta la normativa especial recogida en la ley gallega que no es exactamente coincidente en sus efectos con la legislación de derecho común.

De manera semejante a como trata el Código civil tanto la preterición intencional como la no intencional se regula esta institución en los artículos 258 y ss. de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

Conforme al artículo 258 La preterición intencional de un descendiente no afecta a la validez de las disposiciones por causa de muerte. El legitimario sólo tendrá derecho a percibir su legítima conforme a las reglas de la presente ley. Lo mismo se entenderá en el caso de preterición del cónyuge, sea intencional o no. Por la remisión que hace, el artículo antes citado, -350- 258 LDGD 'percibir la legítima conforme a la presente Ley' Todo indica que hace remisión al artículo 243 y siguientes.

Simplemente se le pagará su legítima al legitimario en metálico ejercitando la acción de reclamación o de reducción de legítima. Sin olvidar lo dispuesto en el artículo 251.3, LDGD en que los afectados por la reducción podrán evitarla pagando las legítimas en dinero.

Pero además el artículo 259 distingue según que la preterición sea intencional o no y otorga al legitimario preterido facultad para solicitar la declaración de nulidad de la institución de heredero. Y añade que las demás disposiciones testamentarias y los pactos sucesorios serán válidos en cuanto su reducción no sea necesaria para el pago de las legítimas.

Pero además hay que tener en cuenta que es tajante el precepto 259.1 LDGD cuando anula de plano toda la institución de heredero del testamento, lo cual significa que también se anula la disposición hecha en favor del viudo. Se encuentra aquí un agudizado distanciamiento con el artículo 814. 2 del código civil, al disponer que mientras no perjudique a las legítimas, no se anulará la institución de heredero a favor del cónyuge viudo.

En el supuesto de ser preteridos, de manera no intencional, todos los descendientes, tanto en el Código civil, como en el artículo 259.2 LDGD pueden pedirse la nulidad de todas las disposiciones de contenido patrimonial.

También la jurisprudencia gallega confirma lo anteriormente expuesto sobre los efectos que despliegan ambas clases de preterición, es decir, la intencional y no intencional, donde la primera desplegaría la reducción de la institución de heredero y la segunda la anulación de la misma con la necesaria apertura de la sucesión abintestato en sentencias de 30 de enero de 1995 y 23 de enero de 2001.

En cualquier caso y como queda expresado concluyen que doña C., fuera preterida intencionalmente o no, tendría un derecho a una legítima como derecho de crédito que habría de respetar el resto de disposiciones testamentarias.

Y teniendo en cuenta que don José dispuso institución de heredero a su esposa y esta dispuso de todos los derechos que le correspondían en el piso a favor de don C., resulta que el legado debe alcanzar a la totalidad del bien del que doña D. es dueña como heredera de su esposo en cuanto a una mitad y por derecho propio en la liquidación de gananciales del bien respecto de la otra mitad que se le adjudica. Y sólo

habría lugar a reducir en alguna parte la adjudicación de C. si su valor generase inoficiosidad para el pago de la legítima lo que no ha quedado acreditado y requiere el concurso del perjudicado. Perjudicado que conforme a la ley gallega todavía tiene la facultad prevista en el artículo 251 de evitarla entregando en metálico su importe.

2. En cuanto a la finca que constituye la partida 10 del inventario (finca registral finca 7067 del término municipal de Foz) no es posible llevar a cabo la adjudicación de los derechos hereditarios adjudicados entre los herederos y concretados en las 4/7 partes de la finca al no haberse formalizado ninguna de las aceptaciones y adjudicaciones hereditarias y no aportarse ningún documento que acredite la condición de heredero de los señalados.

Se indica que la finca en cuestión pertenece a doña G. Que está dejó siete hijos. Uno de ellos Don J. quien a su vez sería heredero de tres de sus hermanas. No se acompaña ni certificado de defunción ni declaratoria de herederos abintestato de doña G. Tampoco se ha formalizado su herencia entre sus herederos. No se acompaña certificado de defunción, ni últimas voluntades de las hermanas de J. Y de acompañarse dicha documentación la anotación del derecho hereditario no puede concretarse en cuotas concretas de bienes como es la pretensión de los herederos, sino que es un derecho abstracto. Derecho que además no es susceptible de inscripción sino de anotación y nunca sobre cuotas o partes de bienes.

Y así se observan los siguientes defectos en dicha adjudicación:

a. no se ha acreditado la condición de heredero toda vez que se manifiestan, pero no se acompañan los documentos que acrediten los derechos de don J. en las herencias ni de su madre ni de sus hermanas. El artículo 14 de la ley hipotecaria señala que El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato, la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado y en su caso, el certificado sucesorio europeo

El artículo 76 del Reglamento Hipotecario señala que en la inscripción de bienes adquiridos por herencia testada se harán constar las disposiciones testamentarias pertinentes, la fecha del fallecimiento del causante, tomada de la certificación respectiva, y el contenido del certificado del Registro General de Actos de Ultima Voluntad. En la inscripción de bienes adquiridos por herencia intestada se consignarán los particulares de la declaración judicial de herederos.

Partiendo de los preceptos aludidos hay que concluir en la necesidad de acompañar el testamento, o acta declaratoria de herederos abintestato, certificado de defunción y últimas voluntades. La necesidad de acompañar estos documentos como auténtico título sucesorio es igualmente declarado por Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de mayo de 2014 y 12 de noviembre de 2012 entre otras muchas. La necesidad de aportar dichos documentos para acreditar el derecho viene reconocida, igualmente, en el artículo 46 de la ley hipotecaria.

b. Como se ha venido señalando el derecho hereditario no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y no un derecho en concreto sobre bienes determinados, en tanto no se lleve a cabo la partición.

El artículo 46 de la ley hipotecaria señala que El derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, sólo podrá ser objeto de anotación preventiva. Esta anotación podrá ser solicitada por cualquiera de los que tengan derecho a la herencia o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar.

Este derecho que como se ha señalado no es susceptible de inscripción no puede concretarse en bienes concretos no es posible la inscripción de la adjudicación de los derechos que al deudor pudiera corresponder sobre bienes concretos y determinados hasta realizar la partición de la herencia, por cuanto 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.

Y así ha reconocido la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 1 de diciembre de 2006 Los herederos pueden verificar la partición del modo que tuvieren por conveniente (cfr. artículo 1058 del Código Civil) sin que ninguno de ellos pueda imponer al otro la atribución por participaciones indivisas de todos y cada uno de los bienes resultantes (*vid.* artículos 1061 y 1062 del Código Civil), de manera que, ultimada la liquidación, tanto puede ocurrir que a un heredero no le corresponda ningún derecho sobre determinado bien como que se le atribuya éste en su integridad, razón por la cual se prevé para esa primera hipótesis la cancelación de la anotación preventiva (artículo 206.10 del Reglamento Hipotecario).

En el documento objeto de calificación se menciona sin acreditarlo documentalmente la condición de heredero de don J. en la herencia de Doña G. y de las hermanas de Don J. y para tomar anotación preventiva (no inscripción) deberá acompañarse de los documentos que le acrediten como heredero y practicarse no sobre bienes o cuotas indivisas sino como derecho abstracto. De pretenderse la inscripción de cuotas concretas de bienes se observa el defecto de tracto sucesivo que requiere igualmente de la presentación de los títulos sucesorios (testamentos, declaratorias de herederos abintestato, certificados de defunción y últimas voluntades de Doña G., y sus hermanas C., R. y E.) y además será necesario aportar las particiones todas estas herencias que determinen derecho de don J. sobre 4/7 partes de la finca. Sólo así podría a su vez inscribirse dichas 4/7 partes de la finca –no del derecho hereditario– a favor de las herederas.

Debe tenerse en cuenta además la necesaria rectificación de los datos identificativos de la partida 10 del inventario toda vez que la finca relacionada no pertenece a Doña G., (defecto de tracto) aunque sí tiene otras en este distrito hipotecario, entendiéndose que se trata de un error material en la identificación de la finca cuyos derechos se adjudican.

Acuerdo: practicar la inscripción de una veintidós ava parte indivisa de la finca 18152 de Foz en la siguiente proporción: una octava parte indivisa de la indicada participación, esto es, una ciento setenta y seis ava parte indivisa, a favor de doña M. C. M. D., en pago de su cuota legitimaria, y las restantes siete octavas partes indivisas de la indicada participación, a favor de doña M. C. M. D., don S. B. M. y doña C. B. M., por terceras e iguales partes indivisas, esto es, siete quinientas veintiocho avas partes indivisas para cada uno, por título de herencia previa liquidación de la sociedad de gananciales, con carácter privativo para todos en el Tomo 959 del Archivo, Libro 308 de Foz, folio 86, inscripción 12.^a y SUSPENDER la inscripción del 12,5% de la finca número 3/18168 del término municipal de Foz y de 4/7 partes indivisas de la finca 3/7067 del término municipal de Foz según resulta de los hechos y fundamentos de derecho expresados.

Queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente a este título por sesenta días hábiles a partir de la última notificación efectuada de la presente calificación. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días naturales contados desde esta fecha. El interesado tiene derecho, para el caso de discrepar de la presente calificación, a instar la intervención de un Registrador sustituto conforme a lo dispuesto en el RD 1039/2003, de 1 de agosto y en el plazo de quince días a contar de la notificación de esta calificación. Contra esta calificación... (Oferta de recursos)».»

III

Se solicitó calificación sustitutoria que correspondió a la Registradora de la Propiedad de Villalba (Lugo) doña María Cristina González Pereda, que, con fecha de 22 de junio de 2020, confirmó la calificación de la Registradora de Mondoñedo.

IV

El día 7 de julio de 2020, doña M.C.M.D. interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente:

«1. Atribuye a con C. D. M. derecho a intervenir en la herencia de don J. P. G., cuando es un tercero completamente ajeno. Con C. D. M. únicamente es titular del legado que a su favor instituyó doña M. D. C. M. D., y, por tanto, ningún derecho ostenta respecto al caudal de don J. P. G., a quien le es absolutamente ajena la decisión que los herederos de don J. P. G. tuvieron que tomar respecto a la no intencionalidad de la preterición de su hija C.

En la calificación registral se sostiene que la intencionalidad o no de la preterición, que califica de “pretendida”, de C. requiere la intervención de todos los afectados, especialmente de C. puesto que ve reducido su derecho en el piso legado, pero talas afirmaciones son erróneas:

– Porque está acreditado el reconocimiento como hija que don J. P. G. hizo el 22 de agosto del año 2011 respeto a C. M. D.

– Porque, consecuentemente, la preterición de su hija C. es incuestionable.

– Porque los únicos interesados en la herencia del testador don J. P. G. lo son su viuda, porque la instituyó heredera, y su hija, a la que pretirió, y tras la muerte de la viuda los herederos instituidos por ella.

– Y porque, no obstante ser razonable estimar que la preterición fue no intencional, el tratamiento dado a la misma en la escritura particional de 29 de noviembre de 2019 fue el que el art. 258 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, establece para la preterición intencional, en lugar de aplicar el tratamiento previsto para la preterición no intencional en el art. 259 de dicha Ley, el cual exigiría que la persona preterida obtuviese la declaración de nulidad de la institución de herederos hecha en el testamento de don J. P. G.

Los intervinientes en la escritura particional de 29 de noviembre de 2019 constataron la preterición de doña C. M. D., para lo que no es preciso medie resolución judicial, y respetaron la validez de las disposiciones por causa de muerte, pero respetando el derecho de la legitimaria a percibir su legítima.

Respecto a constatar y reconocer el derecho de la legitimaria en la herencia de don J. P. G. ni cabía intervención de don C. D. M., porque en su caudal ningún derecho ostenta éste, ni desde luego es posible alcanzar solución distinta respecto al derecho de la legitimaria.

Afirmar que la constatación y reconocimiento de la legitimaria preterida por el causante don J. P. G. afecta al derecho de don C. D. en el piso legado es un disparate jurídico, dicho sea, con todo respeto, porque el causante don J. P. G. no legó nada a don C. D. M., quien, por lo mismo, nada tiene ni puede decir sobre el caudal de aquél.

2. Atribuye a don C. D. M. derecho a intervenir en la forma de pagar la legítima en el caudal de don J. P. G., respecto del que es un tercero completamente ajeno.

Siendo doña C. M. D. legitimaria de su padre don J. P. G. en cuya herencia don C. D. M. es totalmente ajeno, la calificación registral negativa y la sustitutoria, que la confirma, le atribuyen a tal tercero el derecho a intervenir en la forma de pagar aquella legítima, y ello al punto de otorgarle el derecho a evitar la reducción de su legado entregando en metálico su importe

Para otorgar tal derecho a un tercero en la herencia en las calificaciones negativa y sustitutoria se invocan los arts. 246 a 251 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, que faculta a los herederos para pagar la legítima de los descendientes bien en bienes de la herencia o en metálico, para así sostener que a la legitimaria doña C. M. D. no había necesidad de pagarle su legítima con bien alguno de la herencia, pero el error jurídico de esta argumentación es incuestionable, porque tratándose de legitimaria de don J. P. G. de

éste únicamente son herederos doña C. M. D. y don S. y doña C. B. M. por derivación de doña M. D. C. M. D. a quien aquél instituyó heredera el causante don J. P. G.

El causante don J. P. G. no instituyó ningún legado ni, por lo mismo, en la división de su herencia resulta menester ni posible hablar de reducción de inexistente legado; al no existir institución de legado en su testamento, no existe posibilidad de hablar de su inoficiosidad ni, por lo mismo, quien no es legatario de dicho causante puede evitar la reducción de tal inexistente legado que prevé el art. 251-3º de la Ley 2/2006 exclusivamente para los legatarios o donatarios del testador en que concurra el derecho a su legítima por parte de legitimario.

Siendo verdad que el art. 246 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, otorga a los herederos la facultad de optar entre pagar a la legitimaria su legítima en bienes de la herencia o en metálico aunque sea extrahereditario, no menos cierto es que en la herencia en que se ha de ejercitar tal opción por los herederos es la de don J. P. G., en la que no existe institución de legado a favor de don C. D. M., y que los herederos a los que tal precepto legal atribuye dicha opción son los herederos de dicho causante, que fue doña M. D. C. M. D. hasta su óbito y a la que sucedieron como herederos de la misma doña M.C.M.D. y don S. y doña C. B. M.

Pues bien, la instituida heredera por don J. P. G. no pagó la legítima a la legitimaria doña M.C.M.D. antes de fallecer, y, por ello, tal facultad de opción entre pago de la misma en bienes de la herencia o en metálico la heredaron sus herederos doña M.C.M.D. y don S. y doña C. B. M., y ejerciendo dicha facultad, que legalmente les está atribuida, no hicieron más que ejercitar un legítimo derecho, con lo que a nadie podían causar daño.

3. Es erróneo el dictamen sobre el cómo tenía que hacerse la división de la herencia de don J. P. G. En la calificación negativa no se aborda de forma expresa la cuestión de la liquidación de la sociedad de gananciales, ni tampoco lo hace en la sustitutoria que la confirma, en la que se afirma que con el fallecimiento de don J. P. G. 'todos los derechos sobre la vivienda (o registral 18.619) pasan a favor de su esposa doña D.; mitad de la herencia relicta de su esposo y la otra mitad por liquidación de gananciales', y con ello la Registradora se constituye en autoridad judicial y dictamina el cómo los herederos de los esposos causantes temen que haber efectuado la liquidación de gananciales.

Ningún reparo se formuló en la calificación negativa a la forma en que los herederos de los causantes practicaron la liquidación de su disuelta sociedad de gananciales, porque la afrontada es acorde a derecho al consistir en reflejar exactamente lo acontecido al disolverse la sociedad de gananciales con la muerte de don J. P. G., que comportó que la mitad ganancial que en la vivienda correspondía dicho causante pasó a su caudal, y la otra mitad permaneció en la titularidad de doña M. D. C. M. D.

El error del dictamen está en afirmar que la mitad ganancial que correspondía al finado don J. P. G. pasó con su fallecimiento a favor de doña M. D. C., porque para efectuar tal determinación era menester que mediase la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales en que se habría de constatar qué bienes con naturaleza ganancial resultan adjudicados al caudal de uno y cuáles al caudal del otro causante.

No corresponde a la Sra. Registradora de la Propiedad determinar el cómo los herederos de los finados esposos tenían que practicar la liquidación de su disuelta sociedad de gananciales, porque los únicos legalmente facultados para hacerlo son los herederos de uno y otro causante.

De la misma forma que en el criterio de la Sra. Registradora calificante pudiera haberse asignado al caudal de un causante la mitad ganancial de la vivienda o finca registral 18.168 y la otra mitad al caudal del otro causante, pudieron los únicos legitimados para practicar la liquidación de la disuelta sociedad de gananciales asignar en la división de la herencia de don J. P. G. a la legitimaria la cuarta parte de su mitad ganancial en dicha vivienda y las tres cuartas partes restantes de tal mitad ganancial a su heredera doña M. D. C. M. D.

Era facultad exclusiva de los herederos de uno y otro causante, y al hacerlo en la forma que lo hicieron dieron escrupulosa aplicación a la voluntad expresada por doña M. D. C. M. D. en su último testamento, puesto que en él la testadora no legó a don C. D. M. la vivienda o registral 16.168, sino que le legó tan sólo la participación o derecho que a dicha testadora le correspondía en dicha vivienda.

Pudo doña M. D. C. M. D. legar a don C. D. M. la vivienda por entero, porque lo viabiliza el art. 205 de la Ley 2/2005, de derecho civil de Galicia; también pudo la testadora establecer como objeto de legado la vivienda por entero, sin invocar dicho precepto legal, y en tal caso sus herederos habrían podido o debido entender que con ello les establecía el criterio de que en la liquidación de la sociedad de gananciales debería ser adjudicada por entero a su caudal; también pudo doña M. D. C. M. D. haber practicado la liquidación de la sociedad de gananciales que constituyera con su finado esposo, juntamente con la legitimaria de éste, y decidir ambas en dicha operación a quién se adjudicaba la vivienda de que se trata. Pero lo que hizo fue legar la participación o derecho que a ella correspondiese en la vivienda.

Al ser don C. D. M. legatario de la participación o derecho que a doña M. D. C. M. D. correspondiese en la vivienda, carece de legitimación para intervenir en la liquidación de la sociedad de gananciales que dicha testadora había formado con don J. P. G., así como para intervenir en la partición de la herencia de éste, a la que es completamente ajeno.»

V

Notificada a la Notaria autorizante el escrito de recurso, doña Esperanza Méndez Vilchez, Notaria de Bailén, emitió informe con las alegaciones siguientes:

«1. Sobre la liquidación de gananciales. La muerte de alguien casado bajo régimen legal de gananciales obliga con carácter previo al inventarlo de los bienes y derechos relictos, a liquidar la sociedad de gananciales, determinando, en consonancia con su naturaleza de comunidad germánica, qué bienes o partes indivisas de ellos corresponderían al fallecido y qué bienes o partes indivisas de ellos al viudo. Esa determinación corresponde realizarla de mutuo acuerdo a los herederos del fallecido y al viudo o viuda, si viviere, o, en caso de fallecimiento de ambos, a los herederos de los causantes. Y en este caso, concurre en Doña M. C. M. D., Don S. y Doña C. B. M. la condición de herederos de Doña M. D. C. M. D., y por tanto de manera indirecta al haber fallecido ésta, de Don J. P., que pueden liquidar dicha sociedad de gananciales de la manera que estimen más oportuna.

Esa liquidación de gananciales no puede estar en ningún caso condicionada por una disposición testamentaria realizada unilateralmente por uno de los cónyuges. Si Doña M. D. C. M. D. quería adjudicarse la totalidad del piso de Foz, objeto de este recurso, le hubiera bastado con formalizar dicha liquidación de sociedad de gananciales en escritura pública antes de fallecer, por sí y como heredera de su cónyuge, atribuyendo a su lote la totalidad del piso. Pero no lo hizo. Y en su testamento, lo único que legó fue la participación o derecho que le correspondiese sobre dicho piso, quedando por tanto a expensas de las resultas de esa liquidación de sociedad de gananciales.

2. Sobre la preterición intencional o no: los artículos 258 y ss. de la Ley 2/2006 de 14 de junio de derecho civil de Galicia determinan respecto a la preterición: 'Artículo 258: La preterición intencional de un descendiente no afecta a la validez de las disposiciones por causa de muerte. El legitimario sólo tendrá derecho a percibir su legítima conforme a las reglas de la presente ley. Artículo 259: 1. La preterición no intencional de un legitimario descendiente faculta a la persona preterida para obtener la declaración de nulidad de la institución de heredero hecha en testamento. Las demás disposiciones testamentarias y los pactos sucesorios serán válidos en cuanto su reducción no sea necesaria para el pago de las legítimas. 2. La preterición no intencional de todos los legitimarios descendientes producirá, a instancia de cualquiera de ellos, la nulidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. Las apartaciones y

los pactos de mejora sólo se reducirán si fuera necesario para el pago de las legítimas. Artículo 260: La preterición no intencional no producirá los efectos a que se refiere el artículo precedente si los preteridos concurren a la partición con los instituidos'.

Pues bien, aun cuando la preterida, como única legitimarla descendiente —y siempre previa consideración de que dicha preterición era no intencional—, tenía la posibilidad de ejercitar la acción que determina el artículo 259 de pedir la nulidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, en ningún caso optó por dicha posibilidad, por lo que, sea intencional o no, la preterida se conformó con el derecho a percibir su legítima conforme a las reglas del derecho gallego, esto es, una cuarta parte del valor del haber hereditario liquidado (art 243).

De tal forma, antes de la formalización de dicha sucesión en escritura pública, tanto la viuda como la legitimaria de Dan J. P. G. presentaron autoliquidación para el pago del Impuesto de sucesiones en la Delegación de Lugo, expediente 6S07261861003 el 29 de mayo de 2.019 atribuyendo a Doña M.C.M.D. una cuarta parte de cada uno de los bienes y derechos que integraban dicha herencia, debe entenderse con la aquiescencia de la viuda, madre de la legitimaria.

3. Sobre la naturaleza jurídica de la legítima del derecho gallego y su pago. Artículo 246. 1. Si el testador no hubiera asignado la legítima en bienes determinados, los herederos, de común acuerdo, podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico, aunque sea extrahereditario. A falta de acuerdo entre los herederos, el pago de la legítima se hará en bienes hereditarios. 2. Salvo disposición del testador o pacto al respecto, no podrá pagarse una parte de la legítima en dinero y otra parte en bienes. Artículo 248: Pueden pagar la legítima, o su complemento, el heredero, el comisario o contador—partidor, así como el testamentario facultado para ello. Pero corresponderá en exclusiva a los herederos la opción de pagar la legítima en metálico extra hereditario. Artículo 251: 1. Si no hubiera en la herencia bienes suficientes para el pago de las legítimas podrán reducirse por inoficiosos los legados y donaciones computables para su cálculo, comenzando, salvo disposición en contra del testador, por los primeros a prorratio. Si no fuera suficiente, se reducirán también las donaciones por el orden de sus fechas, comenzando por las más recientes. 2. Si las reducciones a que se refiere el apartado anterior no fueran suficientes, también podrán reducirse las apartaciones hechas por el causante y los pactos sucesorios. Si se realizaran varias, se reducirán todas a prorratio. 3. Los afectados por la reducción podrán evitarla entregando en metálico su importe para el pago de las legítimas. De dichos artículos se desprende que la naturaleza jurídica de esta legítima es un derecho de crédito, y nadie pone en duda dicha calificación, avalada por la jurisprudencia alegada por la Sra. Registradora. Pero son los herederos, en última instancia, quienes tienen la facultad de determinar si se abonan en metálico o en bienes de la herencia. Dice el artículo 246 antes transcrito que "los herederos, de común acuerdo, podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico". En ningún caso existe la obligación de pagar en metálico.

Además, argumenta la Sra. Registradora la posible aplicación del párrafo 3 del art 251, considerando que el legatario nombrado por la testadora, Dan C. D. es "el afectado por la reducción" que podría evitarla entregando en metálico su importe para el pago de las legítimas. Pero es que en la sucesión de Don J. P. G. no hay ningún legado, y por tanto no se reduce ningún legado. Simplemente se liquida la sociedad de gananciales y se opta por los herederos, únicos interesados en dicha herencia, en pagar la legítima de la preterida, en lo que se refiere al piso de Foz, en una cuarta parte de la mitad indivisa atribuida al fallecido en la liquidación de la sociedad de gananciales, esto es, una octava parte indivisa.»

Mediante escrito con fecha de 20 de julio de 2020, la Registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este centro directivo (con registro de entrada el día 31 del mismo mes).

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución, 814 y 1380 del Código Civil; 205 y siguientes, 246 y siguientes, en especial 251, 258 y 259 de la Ley de Derecho Civil de Galicia; Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de mayo de 1931, 10 de mayo de 1950, 14 de agosto de 1959, 4 de mayo de 1999, 13 de septiembre de 2001, 2 de agosto y 5 de octubre de 2018.

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

– El primer causante falleció el 29 de noviembre de 2018, dejando de su matrimonio una única hija por reconocimiento de filiación hecho en el Registro Civil el 22 de agosto de 2011.

– En su testamento, mancomunado junto con su esposa, de 7 de abril de 2014, declararon entre sus datos de filiación, ser de vecindad civil foral gallega, estar «casados en únicas nupcias, sin haber tenido descendientes de su matrimonio y teniendo doña..., una hija no matrimonial llamada doña...»; entre las disposiciones, interesan las siguientes: «Se instituyen los testadores herederos recíprocamente el uno del otro».

– La segunda causante, esposa del primero, falleció el 12 de agosto de 2019, bajo su último testamento de fecha 26 de julio de 2019, en el que entre sus datos de filiación manifiesta tener vecindad civil gallega, y que en estado de soltera tuvo a su única hija llamada doña... Y hace las disposiciones siguientes: «Lega toda participación o derecho que le corresponda a la testadora, sobre la vivienda en la que habita, sita en Foz (Lugo) (...) a su cuidador don... Faculta expresamente al legatario para tomar posesión por sí mismo de lo legado... En el remanente de su herencia, instituye heredera a su nombrada hija, doña... y a sus nietos... y..., a partes iguales, sustituyéndolos en caso de premoriencia o incapacidad por sus descendientes... Revoca toda disposición testamentaria de fecha anterior la presente».

– En la escritura de aceptación y adjudicación de las herencias de ambos causantes, en el otorgamiento intervienen la hija y los dos nietos; deciden todos, que, en la herencia del primer causante, habida cuenta la filiación por reconocimiento de su hija, debe entenderse preterida, y tiene derecho a la legítima que prevé el derecho civil gallego en una cuarta parte de la herencia, por lo que, distribuyen esa a razón de un cuarto para la legitimaria y los otros tres cuartos para la masa de la herencia de la segunda causante; que como consecuencia de su carácter ganancial, la vivienda de (...), se adjudica por liquidación de la sociedad de gananciales, por mitad a cada una de las masas hereditarias; por la sucesión del esposo, de su mitad, tres cuartos partes se adjudican a la esposa heredera, esto es a su masa hereditaria y la otra cuarta parte a su hija por sus derechos de legítima; la mitad correspondiente a la esposa por sus gananciales, y las tres cuartos partes de la otra mitad por herencia de su esposo, esto es, siete octavas partes del inmueble, queda «pendiente de la entrega formal del legado efectuado por doña ... en favor de don...». Se manifiesta por los otorgantes que la segunda causante, había aceptado la herencia causada por su esposo, aunque no la formalizó en escritura pública.

La registradora señala varios defectos en la nota de calificación, de los cuales solo se recurre uno de ellos, el relativo a la finca situada en Foz, en (...), limitándose por lo tanto a este la resolución del recurso: que «es defecto que impide la inscripción del documento en cuanto a 1/8 parte de la finca, la incorrecta adjudicación de 1/8 parte del bien a favor de Doña C. sin la intervención y consentimiento del legatario del bien». Motiva su calificación en lo siguiente: la naturaleza de la legítima gallega y su carácter de derecho de crédito y *pars valoris*; la posibilidad de no reducir los legados pagando la legítima en bienes extrahereditarios; el llamamiento de la segunda causante como heredera única de su esposo, dado que la ineficacia del contenido patrimonial del

testamento precisa, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso incoado por el preterido, la declare; en definitiva, que el primer causante instituyó heredera a su esposa y esta dispuso de todos los derechos que le correspondían en el piso a favor del legatario, por lo que el legado debe alcanzar a la totalidad del bien del que la segunda causante es dueña como heredera de su esposo en cuanto a una mitad y por derecho propio en la liquidación de gananciales del bien respecto de la otra mitad que se le adjudica y que, sólo habría lugar a reducir en alguna parte la adjudicación del legatario si su valor generase inoficiosidad para el pago de la legítima lo que no ha quedado acreditado y por tanto requiere el concurso del perjudicado, que tiene la facultad de evitarla entregando en metálico su importe.

La recurrente alega lo siguiente: que el legatario es un extraño a la sucesión del primer causante, por lo que no puede exigirse su intervención en la partición del mismo; que la facultad de entregar la legítima en metálico corresponde a los herederos y no está en las del legatario exigir que sea así el pago; que acreditada la filiación de la hija respecto de su padre primer causante, es incuestionable que se ha producido una preterición intencional y por tanto tiene derecho a su legítima; que en definitiva, los únicos interesados en la herencia del primer causante son la hija legitimaria y los herederos de la segunda causante heredera a su vez del primero; que el primer causante no instituyó ningún legado ni por tanto es posible hablar de reducción de inexistente legado; que al no existir institución de legado, no existe posibilidad de hablar de su inoficiosidad; que la reducción del inexistente legado sería exclusivamente para los legatarios o donatarios del testador en que concurra el derecho a su legítima por parte de legitimario pero no para un extraño; que en la liquidación de la sociedad de gananciales, se ha adjudicado el bien legado por partes iguales entre ambos caudales hereditarios, y siendo que el legado es de los derechos que la causante tuviera sobre la cosa legada, no está legitimado para intervenir en la partición.

La notaria autorizante alega lo siguiente: que la liquidación de la sociedad de gananciales corresponde realizarla de mutuo acuerdo a los herederos del fallecido y al viudo o viuda, si viviere, o, en caso de fallecimiento de ambos, a los herederos de los causantes, y que, siendo estos los que comparecieron en la escritura, pueden liquidar dicha sociedad de gananciales de la manera que estimen más oportuna, por lo que una disposición de legado a favor de un extraño no puede condicionar la liquidación; que sea la preterición intencional o no, lo único que ha pedido la preterida ha sido la cuota legitimaria gallega que le corresponde en bienes de la herencia; que son los herederos, en última instancia, quienes tienen la facultad de determinar si abonan la legítima en metálico o en bienes de la herencia, pero en ningún caso existe la obligación de pagarla en metálico; que ante la afirmación del derecho del legatario a que no se reduzca su legado, hay que recordar que en la herencia del primer causante no hay ordenado ningún legado y por tanto no hay necesidad de reducción.

2. En primer lugar, se ha motivado y alegado por registradora, recurrente y notaria autorizante, la cuestión de la adjudicación hecha a la legitimaria preterida en la herencia de su padre, sin haberse determinado judicialmente la preterición.

La Dirección General de Registros y del Notariado se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la cuestión de la anulación de las disposiciones testamentarias pero referida a la existencia de preterición. Así, en la Resolución de 2 de agosto de 2018 que ha decidido si en una partición es o no necesaria, a efectos registrales, la declaración judicial previa de nulidad del testamento, o de la institución de herederos ordenada en el mismo, por causa de preterición de alguno de los herederos forzosos y para la determinación del carácter de la preterición como errónea o intencional. El criterio de ese Centro Directivo en la citada Resolución fue favorable a la necesidad de dicha declaración judicial previa con base en los argumentos ya expresados por la Resolución de 13 de septiembre de 2001 que afirmó que: «La primera consideración a tener en cuenta, es que el Código Civil prevé para el caso de preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, la “anulación” de las disposiciones patrimoniales

testamentarias, y este termino con independencia de las dificultades de trasponer al ámbito testamentario, los conceptos de nulidad y anulabilidad acuñados por la doctrina para el ámbito contractual apunta claramente a la necesidad de impugnación del testamento que incurra en tal defecto, si se quiere dejar sin efecto, lo cual, armoniza perfectamente con la evolución institucional favorable a la absorción del *ius discendi nullum* por la querrela *inofficiosi testamenti*. En segundo lugar, habrá de observarse que el artículo 814 del Código Civil, al declarar la anulación de todo el contenido patrimonial del testamento que incide en preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, no hace distinción de supuestos, de modo que el significado que se atribuya al termino anulación deberá aplicarse a todos, y es evidente que para muchos de ellos resulta incuestionable que la ineficacia de ese contenido patrimonial del testamento precisara, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso incoado por el preterido, proclame la no intencionalidad. En tercer lugar, el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española), en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente valido (cfr. artículo 658 del Código Civil), mas parece avalar la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurre en caducidad ni en vicios sustanciales de forma, que la solución contraria. En el mismo sentido militan: a) la excepcionalidad de los efectos de la preterición no intencional de hijos y descendientes, frente a la regla general que concreta los efectos de la preterición a la salvaguarda de la legitima; b) el propio inciso final del artículo 814 del Código Civil, que, en armonía con el 658 del mismo texto, dispone que sin perjuicio de legítimas, lo ordenado por el testador debe quedar a salvo en todo caso; c) la indudable posibilidad de renuncia a la acción de preterición por el perjudicado, o la posibilidad de este de alcanzar un acuerdo transaccional con los favorecidos por tal testamento que permita sostener su eficacia. 4. Frente a las consideraciones anteriores podría argumentarse que en determinadas hipótesis extremas de preterición no intencional de todos los hijos o descendientes (por ej.: La postumidad del único hijo del testador), la necesidad de una declaración judicial previa para privar de efectos a las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, resultará una solución excesiva por sus costes, dilaciones y multiplicación de tramites en la ordenación del fenómeno sucesorio. Mas con ser ello cierto, habrá de reconocerse lo dudoso que resultaría el prescindir en tales casos, de la pertinente declaración judicial para ignorar el contenido patrimonial inherente a ese testamento, pues, ello sería tanto como aproximar el tratamiento de tales supuestos al de caducidad de esas disposiciones testamentarias, lo cual sobre carecer de justificación legal, a la vista de cuanto se ha señalado, conculcaría el claro mandato contenido en el artículo 743 del Código Civil; y sin que quepa alegar, para evitar esta objeción, que se trataría de una simple nulidad de pleno derecho, pues ni el termino anulación del 814 del Código Civil, se compadece con la nulidad radical o con la inversión de la carga de la iniciativa procesal que comporta, ni esta figura encajaría en los supuestos debatidos, en los que no hay inobservancia de requisitos formales esenciales (cf. artículo 687 del Código Civil), ni vulneración de preceptos prohibitivos o imperativos (cfr. Artículo 6 del Código Civil). Por todo lo expuesto habrá de concluirse que, en el caso debatido, no podrá prescindirse, sin consentimiento de los beneficiarios, o sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento cuestionado a la hora de formular la partición, y ello sin necesidad de prejuzgar ahora si en el pleito consiguiente la carga probatoria corresponde a la que alega la intencionalidad de la preterición, o, dada la significación de la no revocación del testamento, al que pretenda su ineficacia».

Estas Resoluciones no contradicen la doctrina de este centro directivo (Resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de mayo de 1931, 10 de mayo de 1950, 14 de agosto de 1959) con arreglo a la cual se admite la validez de la partición por los herederos sin necesidad de la previa declaración de nulidad de la institución en el caso de preterición si concurre acuerdo expreso entre todos los herederos (instituidos y

preteridos), ya que para prescindir de la correspondiente acción judicial de nulidad se exige dicho convenio entre los interesados.

Así, la Resolución de 4 de mayo de 1999, consideró innecesaria la impugnación y la previa declaración de herederos abintestato, para la validez de una partición efectuada por la viuda y el hijo que había sido omitido en el testamento otorgado antes de que naciese.

Esta resolución afirma que: «2. Ciertamente es doctrina reiterada tanto del Tribunal Supremo como de esta Dirección General (vid. sentencias de 27 de mayo de 1909, 7 de noviembre de 1935; Resoluciones de 20 de mayo de 1948, 30 de junio de 1910, 31 de enero de 1913, 10 de mayo de 1950 y 14 de agosto de 1959), que si bien la preterición de alguno de los herederos forzosos en línea recta determina –conforme al artículo 814 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 1981– la nulidad de la institución de heredero, la cual podría ser acordada por los Tribunales cuando los herederos instituidos sostengan su validez, nada se opone a que éstos reconozcan a los preteridos la porción que les corresponda y puedan convenir con ellos no impugnar la partición hereditaria, y en distribuir y adjudicar los bienes en la proporción que legítimamente les hubiera correspondido, si se hubiere abierto la sucesión intestada, por lo que no cabe rechazar la inscripción de la partición en esta forma efectuada, bajo el supuesto de no poder concederse validez legal al testamento que lo origina, pues "los interesados pueden de común acuerdo prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia", y, por otra parte, con tal proceder se subsana el descuido o imprevisión del testador, se acata e interpreta racionalmente su institución presunta, se salvaguardan los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos que pueden consumir buena parte de la propia herencia».

Así pues, con independencia de si la preterición es intencional o no, cualquier actuación en la partición de la herencia del esposo –primer causante–, en la que intervenga su hija en su condición de preterida, requerirá, bien el consentimiento y convenio de todos los beneficiados e interesados, o en su defecto, la previa declaración judicial de la preterición de la legitimaria.

3. Motiva la Registradora y alega la recurrente la especial naturaleza de la legítima gallega. Pues bien, hay que considerar las distintas variantes de la legítima, atendiendo al contenido del derecho que ostentan los legitimarios según la legislación común o foral que les sea aplicable. Frente a la naturaleza de la legítima como *pars bonorum* en el derecho civil común, hay otros dos modelos de la que constituye la legítima de valor o crédito frente a la herencia. Por un lado, la legítima como *pars valoris bonorum*, que confiere derecho a una parte del valor de la herencia con afección real sobre todos y cada uno de los bienes que la componen, y por otro, la legítima como *pars valoris*, que se considera como un crédito puramente personal por la cuantía que cada ordenamiento le reconozca en el valor del caudal. Esto determina cuál es el modelo gallego de legítima y, como cuestión íntimamente ligada, la protección que se dé a la misma.

La Ley Gallega de 1995 escogía, para la legítima de los descendientes, el modelo de *pars valoris bonorum*, estableciendo (artículo 151.1) que todos los bienes de la herencia quedaban afectos a su pago, correspondiendo al legitimario acción real para la reclamación y atribuyendo, además, que se pudiera pedir anotación preventiva de la demanda en que se reclamase la legítima o su suplemento.

Pero la vigente Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, adopta el modelo *pars valoris* y reproduce el sistema adoptado en Cataluña. Así, el artículo 249 dispone que "El legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor".

Cuando la legítima es *pars hereditatis*, *pars bonorum* o *pars valoris bonorum*, el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, puede interponer el juicio de testamentaria y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador partidor. Además, mientras no se satisfagan las legítimas todos los bienes de la herencia están afectos al pago de las mismas (cfr. art. 806 del Código Civil). Junto a la

posibilidad de promover el juicio de testamentaría y la intervención en los actos particionales, el legitimario dispone de las acciones correspondientes para pedir el suplemento de legítima, la declaración de ser injusta la desheredación o la acción de preterición errónea o intencional.

Pero cuando la legítima es un simple derecho de crédito frente a la herencia (*pars valoris*), el legitimario puede ver burlados sus derechos sobre los inmuebles relictos por el juego de la fe pública y el nacimiento de terceros. Cuando para inscribir los bienes a nombre del heredero o legatario se precisa el consentimiento de los legitimarios, tienen éstos garantía suficiente, pero cuando el heredero puede satisfacer las legítimas en metálico o bienes no inmuebles, más propiamente bienes no registrables, es fácil obviar el asentimiento legitimario en materia inmobiliaria.

Cuando la legítima es concebida como una *pars valoris* entonces adquiere una naturaleza distinta, ya que a través de una facultad concedida por la ley para satisfacerla se convierte en el objeto de una obligación facultativa. Se convierte así la legítima en un crédito del legitimario frente al heredero, y de ahí que sea necesario el principio de publicidad para garantizar el posible pago de lo que la ley le reserva.

4. Así pues, la legítima gallega es una obligación de valor que puede ser satisfecha en metálico. Ese derecho se dirige personalmente frente al heredero, que, en definitiva, es el obligado frente al legitimario. Así, el legitimario tiene a su favor el derecho a percibir con cargo a la herencia un valor patrimonial, pero no forma parte, por su solo título de legitimario, del proceso de transmisión y adquisición de los bienes hereditarios y, por lo tanto, del caudal relicto, con respecto al cual es un tercero acreedor. Por lo tanto, la legítima se configura como un derecho preferente al de los legatarios hasta el límite de la cuota legitimaria y constituye un derecho también preferente al de los acreedores del heredero.

En definitiva, a efectos de este expediente, tratándose de una sucesión de causantes sujetos a Derecho Civil gallego, la legítima tiene una naturaleza especial *pars valoris*, lo que permite que, en esa liquidación de bienes comunes, el legitimario ostente solo un derecho al valor.

La consecuencia de todo ello es la posibilidad del pago de la legítima con caudal extrahereditario, lo que se recoge el artículo 246 de la Ley de Derecho civil de Galicia: «1. Si el testador no hubiera asignado la legítima en bienes determinados, los herederos, de común acuerdo, podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico, aunque sea extrahereditario. A falta de acuerdo entre los herederos, el pago de la legítima se hará en bienes hereditarios. 2. Salvo disposición del testador o pacto al respecto, no podrá pagarse una parte de la legítima en dinero y otra parte en bienes».

En este expediente, se debate sobre la facultad y la obligación del pago de la legítima en metálico. Sostiene la registradora que, al reducirse el legado por los herederos, y dado que los afectados por la reducción podrán evitarla entregando en metálico su importe para el pago de las legítimas, a esto habrán de someterse en vez de la reducción. Por su parte, la recurrente y la notaria autorizante alegan que la facultad de entregar la legítima en metálico corresponde a los herederos y no está en las facultades del legatario exigir que sea así el pago. Estas aciertan en sus alegaciones, pues del texto del artículo 246 resulta que «... los herederos, de común acuerdo, podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico...», y en el artículo 248 de la misma Ley se acentúa esta facultad, que no obligación, de los herederos: «Pueden pagar la legítima, o su complemento, el heredero, el comisario o contador-partidor, así como el testamentario facultado para ello. Pero corresponderá en exclusiva a los herederos la opción de pagar la legítima en metálico extrahereditario». Por último, el artículo 251 del mismo texto legal ratifica este criterio cuando recuerda en sede de reducción de legados y donaciones lo siguiente: «Los afectados por la reducción podrán evitarla entregando en metálico su importe para el pago de las legítimas». En definitiva, que corresponde a los herederos la facultad de determinar si se paga la legítima en metálico o en bienes de la herencia.

Pero esto supone que la legitimaria haya sido llamada a la sucesión, de manera que, habiendo sido preterida, y a falta de convenio entre todos los interesados y beneficiarios

de disposiciones –en el supuesto concreto falta el legatario–, se hace precisa una declaración judicial determinando su condición y derechos de legitimaria.

5. Alegan la recurrente y la Notaria autorizante que se trata de un legado de las participaciones o derechos que correspondan a la causante en la finca; efectivamente la disposición que se ordena es la siguiente: «Lega toda participación o derecho que le corresponda a la testadora, sobre la vivienda en la que habita, sita...».

En el artículo 1380 del Código Civil se recoge que la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento. En parecidos términos se regula en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, que además desarrolla más detalladamente los distintos supuestos. Así, los artículos 205 y siguientes de esta Ley recogen las reglas de la disposición de bienes gananciales:

– Si se dispone por entero de un bien ganancial, la disposición producirá todos sus efectos si el bien fuere adjudicado a la herencia del testador en la liquidación de gananciales –a la que habrá que esperar en tal supuesto– y en otro caso, el valor que tuviera al fallecimiento del testador (artículo 206).

– Y «1. Cuando se adjudica o lega el derecho que corresponde al testador en un bien ganancial, la disposición se entenderá referida solo a la mitad de su valor. 2. No obstante, la disposición se entenderá referida a la mitad indivisa del bien: 1.º Cuando el cónyuge sobreviviente o sus herederos lo acepten. 2.º Si ambos cónyuges hubieran realizado la disposición de forma coincidente y ambas herencias estuvieren deferidas» (artículo 207).

Así pues, en el caso de disposición de la cosa ganancial, cabe que se extienda a la totalidad de la misma por adjudicación a la herencia en la liquidación de gananciales; y en la de disposición de los derechos sobre la cosa ganancial se extendería a la mitad indivisa por consentimiento del cónyuge supérstite o sus herederos. En definitiva, distingue la ley entre la disposición de un bien ganancial y la de los derechos que ostente el testador sobre un bien ganancial, de manera que, en ambas, remite al valor de la totalidad o de la mitad de la cosa dispuesta en herencia, legado o adjudicación. Pudiendo concretarse en la primera a la totalidad si se adjudica en la liquidación de los gananciales a la herencia; y en la segunda, pudiendo concretarse en la mitad indivisa si el cónyuge supérstite lo consiente.

6. En el presente supuesto, se debate sobre cuáles son las participaciones que corresponden a la segunda causante en la finca objeto del expediente. Por liquidación de gananciales es dueña de la mitad, y como heredera de su esposo lo es de la otra mitad, habida cuenta de que había aceptado dicha herencia. El debate se produce por la apreciación distinta de la intervención de la legitimaria en la herencia del primer causante –que también es heredera respecto de la esposa del mismo–.

Pues bien, recapitulando el tracto sucesorio de la finca, una vez liquidada la sociedad de gananciales y adjudicando la mitad a cada uno de los caudales hereditarios, debe tenerse en cuenta que, respecto de la mitad perteneciente al esposo –primer causante–, resulta que instituyó heredera a su esposa –segunda causante–, con lo que devino en propietaria de la totalidad de la finca; esta, a su vez, ordenó legado de todos los derechos y participaciones que le correspondieran en el piso a favor del cuidador de la misma; en definitiva, la esposa era propietaria de la totalidad del piso, por lo que el legado comporta la totalidad del bien, en cuanto a una mitad y por derecho propio en la liquidación de gananciales, y la otra mitad, por la adjudicación como heredera de su esposo. Ahora, cuando se practica la adjudicación de las herencias, surge el derecho de la legitimaria preterida, y lo sea intencionalmente o no, tendrá un derecho a una legítima en su versión y naturaleza de derecho de crédito, que habrá de respetar el resto de disposiciones testamentarias, y con ello, la cuestión del pago con metálico extrahereditario, que, desde luego es posible, y cuya elección solo corresponde a los herederos. Ellos han escogido el pago en bienes de la herencia, por lo que en la liquidación ideal de la sociedad de gananciales y de ambas herencias, corresponden al

legatario siete octavas partes del bien legado, tal como de forma correcta se ha calculado en la escritura. Pero para ello, previamente, hace falta la pertinente declaración judicial de ineficacia del testamento, o el consentimiento de todos los interesados y beneficiarios, lo que no se ha producido pues falta el consentimiento del legatario.

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

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 28 de septiembre de 2020.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.