

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13329 *Resolución de 16 de octubre 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 Negreira, por la que se suspende la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales, pacto de mejora y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Carlos Sebastián Lapido Alonso, notario de Teo (La Coruña), contra la calificación de la registradora de la propiedad de Negreira (La Coruña), doña Beatriz Marzoa Rivas, por la que se suspende la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales, pacto de mejora y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Con fecha 22 de enero de 2009, ante la notaria de Santa Comba (La Coruña) doña Fátima Vázquez Espierrez, los esposos don JTG y doña MFNG, otorgaron con números seguidos de protocolo, dos escrituras:

– La primera, una escritura de aprobación, ratificación y protocolización de operaciones particionales de sus bienes privativos y gananciales entre sus hijos y nietos en la que hicieron lotes y adjudicaciones entre ellos.

– En segundo lugar y en número siguiente de protocolo, otorgaron testamento mancomunado en el que, manifestaron tener tres hijos vivos –doña MD, don J y don R– y dos nietos, hijos de otro hijo fallecido –doña MI y don JM–. En este testamento, se legaron mutuamente el usufructo universal y vitalicio de todos los bienes de la herencia conforma derecho Civil de Galicia e «Instituyen herederos a sus tres nombrados hijos... y nietos... en la forma y proporción que resulta de las adjudicaciones efectuadas a su favor en la partición efectuada por los otorgantes y protocolizada ante mi fe bajo el día de hoy, bajo el número anterior al de este testamento...». Dispusieron que, si al tiempo de su fallecimiento existiesen otros bienes, se distribuirían entre sus hijos y nietos a razón de las proporciones siguientes: 26/32 para su hijo don R; 2/32 avas partes para cada uno de sus hijos doña MD y don J; y 1/32 ava parte para cada uno de sus nietos doña MI y don JM. Sustituyeron a los llamados por sus respectivos descendientes. Por último, «Nombran contador partidador de sus herencias, con las más amplias facultades, incluso la de proceder realizar pagos en metálico, la de elección en los legados de cosa no determinada, constituir servidumbres... entregar legados de inmuebles, liquidar gananciales, interpretar este testamento, e incluso aclarar, completar, formular y resolver cualquier duda sobre las adjudicaciones efectuadas por los testadores a don BRC, y en su defecto a don MDRC, que solo actuaran a requerimiento de cualquiera de los interesados...».

Mediante escritura autorizada por el notario de Teo (La Coruña) don Carlos Sebastián Lapido Alonso, de fecha 6 de marzo de 2020, se otorgan las operaciones particionales de requerimiento al contador partidador, y liquidación de sociedad de gananciales y adjudicación de la herencia causada por el fallecimiento de don JTG. Ocurrió su óbito el 2 de febrero de 2018, bajo la vigencia de su testamento mancomunado antes citado. Intervienen en el otorgamiento, la viuda doña MFNG, el contador partidador don BRC y el hijo don R. En la citada escritura, se liquida la sociedad de gananciales, y partición que se realiza, se incorporan al inventario algunas de las

fincas que figuran en el inventario de la partición hecha por los cónyuges en el año 2009; además, desde entonces, se han producido segregaciones, agrupaciones, obras nuevas, y modificaciones registrales como consecuencia de Concentración Parcelaria. Se realizan, por el contador partidor, adjudicaciones que en esencia repiten las hechas anteriormente, pero que presentan algunas diferencias con las hechas en la partición del año 2009. Por último, en virtud de pacto de mejora, la viuda adjudica a su hijo don R., un porcentaje añadido de unos de los adjudicados a ella, sobre una casa y almacén del inventario.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Negreira (La Coruña) el día 6 de marzo de 2020, y fue objeto de calificación negativa de 29 de junio de 2020, que a continuación se transcribe en lo pertinente:

«En relación con el documento reseñado se le comunica que, previa calificación del mismo con fecha de hoy de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, SE SUSPENDE por los siguientes defectos: 1) no se justifica la procedencia de la partición por contador partidor existiendo ya una partición conjunta y unitaria practicada en cuaderno protocolizado por los cónyuges, en base a un testamento mancomunado otorgado por los mismos, en el que todas las disposiciones son correspectivas, y estando previsto un mecanismo legal específico para anticipar la eficacia de la referida partición –en principio en el momento del fallecimiento de ambos cónyuges– en caso de fallecimiento de uno solo de ellos: el cumplimiento íntegro por el cónyuge superviviente mediante atribuciones patrimoniales inter vivos; 2) sin perjuicio de lo señalado, la partición practicada por el contador partidor, previa liquidación de la sociedad de gananciales con el cónyuge, resulta confusa e incongruente en algunos puntos y excesivamente parca en otros: respecto de la finca cuya inscripción se solicita, resultan confusos los porcentajes en la liquidación de la sociedad de gananciales; se duplican las adjudicaciones (al adjudicarse y valorarse independientemente la finca resultante y aquellas que dan lugar a la misma, según el Registro, no resultando coherente tampoco la titularidad final de una y otras); y se omiten complementos o aclaraciones, que, atendidos los términos en los que el contador ha sido nombrado, hubieran resultado procedentes, en relación con el cuaderno particional (inclusión de terreno excluido de la Concentración Parcelaria y de terreno previamente donado al adjudicatario, nuevas edificaciones,...), todo ello en los términos en que más extensamente se dirá.

Hechos:

1. El documento calificado fue presentado en este Registro a las 09:21 del día nueve de marzo del año dos mil veinte, bajo el asiento número 280 del Diario 123, autoliquidado del Impuesto de T.P. y A.J.D. el día veinte de abril de dos mil veinte.

2. En fecha de 21 de mayo se aporta la documentación sucesoria y complementaria siguiente: escritura de aprobación, ratificación y protocolización de operaciones particionales realizada por los cónyuges, Don J. T. G. y Doña M. F. N. G., autorizada por la Notaria de Santa Comba, Doña Fátima Vázquez Espiérrez, el 22 de enero de 2009, número 111 de protocolo; copia autorizada del testamento mancomunado otorgado por los mismos cónyuges, ante la misma Notaria, el mismo día, bajo el número 112 de protocolo; y escrituras de pacto de mejora otorgadas el 22 de mayo de 2017 (número 615 de protocolo), y 1 de febrero de 2019 (número 149 de protocolo).

3. Se solicita la práctica de las operaciones registrales correspondientes exclusivamente en relación con la finca registral 30289 Santa Comba, inscrita a favor de Don J. T. G. en un 24,17% con carácter privativo y a favor del mismo y su esposa, Doña F. N. G., con carácter ganancial, en un 75,83%.

4. Se acredita que el fallecimiento de Don J. T. G. tuvo lugar el 2 de febrero de 2018. Falleció bajo testamento mancomunado otorgado con su esposa, Doña F. N. G., el 21 de enero de 2009, ante la Notaria de Santa Comba, Doña Fátima Vázquez Espiérrez, bajo el número 112 de protocolo, conforme así permite la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006 de 14 de junio (artículos 187 a 195). Se acredita también que tal testamento es el último otorgado por el causante con certificación expedida por el Registro General de Actos de Última Voluntad, que así lo indica.

En el referido testamento ambos cónyuges, acogiéndose a lo establecido en la Ley de Derecho Civil de Galicia se legan mutuamente el usufructo universal y vitalicio de su herencia e instituyen herederos a sus tres hijos, Doña D., Don J. y Don R. T. N., y a sus nietos, hijos de su premuerto hijo M., Doña M. I. y Don J. M. T. C., en la que resulta de las adjudicaciones efectuadas a su favor en la partición efectuada por los otorgantes y protocolizada ante la fe de la misma Notaria el mismo día, bajo el número anterior de protocolo.

En la referida escritura (protocolo 111) los cónyuges Don J. T. y Doña F. N. aprueban, ratifican y protocolizan una partición conjunta y unitaria (artículos 276 a 282 LDCG). Previo inventario de sus bienes gananciales y de los privativos y propios de cada uno establecen cuatro cupos, uno para cada uno de los tres hijos y otro para los nietos, formando los cupos con independencia de la procedencia de los bienes y con asignación de una valoración global para cada cupo.

En el testamento, a continuación de la remisión a la partición por los testadores, se indica que si al fallecimiento existiesen otros bienes, se distribuyan en determinada proporción entre los hijos y nietos; se ordena una sustitución vulgar a favor de los respectivos descendientes, en relación con todas las disposiciones; se nombra contador partidor a Don B. R. C., y en su defecto a Don M. D. R. C., "con las más amplias facultades", estando expresamente facultado, entre otras, para "liquidar gananciales, interpretar este testamento, e incluso aclarar, completar, reformar y resolver cualquier duda sobre las adjudicaciones efectuadas por los testadores"; se ordena que si alguno de sus legitimarios se opusiere a lo dispuesto, deberá optar por su legítima; y se indica que todas las disposiciones del testamento deberán entenderse recíprocamente condicionadas.

5. En la partición conjunta y unitaria realizada por los cónyuges, dichos cónyuges, y en lo que aquí interesa:

Asignan al cupo de Don R. la finca 790-1, o registral 13172 de Santa Comba, de 19.087 m², deduciéndose que es el resto que queda tras la segregación de tres parcelas: una de 1034 m² (que fue donada a su hijo M., y que, según el Registro constituye la finca registral 14951), otra de 638 m² (que fue donada su hija M. D. y que, según el Registro constituye la finca registral 22.854), y otra de 1.200 m², que fue donada a su hijo R., en virtud de escritura de segregación y donación realizada ante el entonces Notario de Santa Comba Don José María Graíño Ordóñez el 5 de marzo de 1996. Esta última segregación y donación, sin embargo, no ha tenido acceso al Registro. Ordenan los testadores, en la partición, que estas donaciones deben ser computadas en la herencia recibida por los mismos, formando parte de los cupos que les fueron adjudicados. Y aclaran, también, en el mismo cuaderno: que sobre el resto de finca 790-1 existe un almacén de maquinaria agrícola y garaje, un almacén y una fosa de purín, costeados por Don R. y esposa, por lo que no se han incluido en la valoración; y sobre la porción donada a Don R. un establo de ganado vacuno y sus anexos, también costeadas por aquél.

Asignan también al cupo de Don R. la finca 790-2, o registral 13.174, de 6.290 m².

E incluyen en el mismo cupo la finca que se describe como "casa vivienda de planta baja y piso alto, de más de 30 años de antigüedad, con unas superficies de 87,30 m² y 94,92 m², respectivamente; unida a ésta por el Oeste, existe otra edificación destinada a almacén, de planta baja, de más de 30 años, con una superficie de 160,50 m². Ambas

edificaciones forman un conjunto unido, cuyos límites son: Norte, Este y Oeste, finca 790-1 CP y Sur, carretera (...)"

6. El estado registral de las fincas incluidas en los cupos no se corresponde exactamente con la descripción contenida en la partición por los testadores, al haber sido objeto de modificaciones hipotecarias, haberse inmatriculado y agregado terreno colindante y haberse declarado obras nuevas sobre las resultantes. En efecto, la finca registral 30.289 de Santa Comba se describe como una finca al sitio de (...), Ayuntamiento de Santa Comba, lugar de (...), resultado de la agrupación del resto de la parcela 790-1 (tras dos segregaciones) y de la 790-2 de la zona de la Concentración Parcelaria de (...), así como de terreno excluido de la referida Concentración Parcelaria agregado a la primera (terreno que se inmatriculó en su momento como finca registra) 30283 de Santa Comba), de la superficie total de dos hectáreas, cincuenta y seis áreas y treinta y una centiáreas.

Sobre el resto de la finca agrupada 790-1 (registral 13172, ganancial de Don J. y Doña F.), una vez segregadas dos porciones que dieron lugar a las registrales 14.951-Santa Comba (1.034 m², donada a Don M. T. N.) y 22.854 (donada a Doña M. D. T. N.), y previa agregación del terreno colindante excluido de la Concentración Parcelaria, que se inmatriculó como finca registral independiente, con carácter ganancial, a favor de los cónyuges, en virtud de escritura pública de aportación a gananciales y acta de notoriedad acreditativa de la previa adquisición por el aportante con más de un año de antelación (647 m², que constituyeron la finca registral 30283 Santa Comba), Don J. T. y Doña F. N. declararon, en síntesis, las siguientes edificaciones terminadas: 1) una casa de labranza; 2) un conjunto de tres edificaciones terminadas unidas destinadas a almacén y establo conocidas como palleira, establo antiguo y almacén; 3) otro conjunto de tres edificaciones terminadas unidas destinadas a establo, sala de ordeño y lechería; 4) un silo para almacenaje de forraje en verde; 5) y una fosa de purín subterránea.

Los mismos cónyuges agruparon posteriormente este resto de la finca 790-1 (con el terreno excluido agregado) con la finca 790-2 (finca registral 13.174, privativa de Don J. T.), asignando la resultante a Don J. en un veinticuatro como diecisiete por ciento indiviso con carácter privativo y al matrimonio, con carácter ganancial, el setenta y cinco coma ochenta y tres por ciento indiviso restante, y declararon sobre la resultante dos edificaciones más: 6) una nave para establo de vacuno de 1.080 m²; y una fosa de purines con una capacidad de dos mil trescientos diez metros cúbicos y cubrición de seiscientos noventa y seis coma ochenta y nueve metros cuadrados.

La finca consta gravada con una hipoteca a favor de Afianzamientos de Galicia, SGR, AFIGAL SGR, por un principal de 300.000 euros, constituida por ambos cónyuges en escritura de catorce de septiembre de 2017, en garantía de un crédito concedido por Abanea Corporación Bancaria a la Sociedad Civil Ganadería Avancarse.

En relación con el cupo formado por los testadores a favor de Don R. y el estado registral, resulta que:

1) Las fincas 790-1 y 790-2 incluidas en el cupo se integran actualmente en la finca 30289.

2) Forma parte también del terreno de la 30289 según la descripción actual, la porción de finca 790-1 segregada y donada a Don R. (con las edificaciones asentadas sobre dicha porción), en la medida en que dicha segregación y donación nunca tuvo acceso al Registro.

3) Atendiendo a los linderos, parece formar también parte de dicha registral la casa de planta baja y alta y el almacén a que se hace referencia en el cupo como finca independiente, y además el terreno circundante inmatriculado para dar lugar a la finca 30283 (ya que en el cupo sólo se alude a la superficie de 247,80 m² que ocupan las edificaciones mientras que en el Registro constan inmatriculados 647 m² de terreno excluido de Concentración Parcelaria, casi 400 m² más).

7. En la escritura autorizada por el Notario de Teo, Don Carlos Sebastián Lapido Alonso el día 6 de marzo de 2020, de "acta de requerimiento y escritura de liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de herencia", compareciendo la viuda –doña F.–, el contador partidor –Don B.–, requerido y aceptante del cargo en el mismo acto– y el adjudicatario –Don R.–:

– Realizan inventario de las fincas gananciales, incluyendo la registral 30289, y además, como fincas independientes (con la correspondiente valoración y adjudicación específica), la finca 790-2 y la casa vivienda de planta baja y alta y el almacén (en puridad, como hemos visto, incluidos también en aquélla, junto con el terreno excluido circundante inmatriculado a mayores –al que no se hacía referencia en el cuaderno particional y el terreno donado en vida al adjudicatario y las edificaciones asentadas sobre el mismo).

– La viuda y el contador partidor realizan "liquidación total de la sociedad de gananciales". En relación con la finca 30289: previa indicación (errónea) de que los cónyuges ostentan un 75,87 % con carácter ganancial (75,83% según el Registro), adjudican a la viuda el 37,92% y a la herencia del causante otro 37,92%, lo que suma un 75,84% (porcentaje no coincidente tampoco con el 75,83% que ostentan según el Registro). En relación con la casa vivienda y el almacén: el 50% a la viuda y el 50% a la herencia, renunciando la viuda al usufructo que la corresponde por herencia de su esposo.

– Y el contador partidor realiza a continuación la partición de la herencia, adjudicando a Don R., en relación con la finca respecto de la que se solicita la inscripción: el 62,09 % de la finca 30389 (resultado de sumar el 24,17 privativo del causante, más el 37,92 resultante de la liquidación de gananciales), que incluye (según resulta de la partición protocolizada por los cónyuges y del Registro) terreno previamente donado en vida al adjudicatario con las edificaciones asentadas sobre el mismo, y terreno excluido de CP no contemplado en el cuaderno particional, y le adjudica además el 50% de la casa vivienda y el almacén y el 100% de la finca 790-2, en pleno dominio.

– Finalmente Doña F. realiza un pacto de mejora a favor de su hijo R., adjudicándole con entrega de presente el 37,91% de la viuda propiedad de la finca 30289. (Nótese que a la viuda se le había adjudicado un 37,92% de la finca en relación con la finca 30289. Si el porcentaje correcto es el 37,91% que resulta del pacto de mejora, lo cual habrá de aclararse, se habrá hecho una liquidación de gananciales de la finca no exactamente por mitad (37,91% para la viuda, 37,92% para la herencia). En cambio, respecto de la casa vivienda y almacén que se inventarían como finca independiente, la viuda no realiza mejora alguna, permaneciendo la mitad indivisa incluida en su haber privativo como consecuencia de la liquidación de gananciales.

– En último término, en la estipulación octava se indica: "Poder. Doña M. F. N. G. y Don B. R. C. confieren poder a Don R. T. N. para poder rectificar por sí solo la presente escritura ante el Notario autorizante, su sustituto o sucesor en el protocolo, así como las previas, y realizar cualesquiera gestiones ante el Organismo de Catastro y cualesquiera Organismos o Autoridades Administrativas, hasta conseguir la inscripción de la presente escritura en el Registro de la Propiedad, incluso por incapacitación sobrevendida de alguno o de todos los mandantes".

De la documentación complementaria aportada resulta que Doña F. entregó ya, después del fallecimiento de su esposo, por pacto de mejora, al adjudicatario Don R. la mayor parte (no todos) de los bienes privativos de la misma que formaban parte del cupo de este último en la partición conjunta y unitaria por los cónyuges; y que antes, ambos esposos, en vida, habían mejorado a nietos distintos de los instituidos en el testamento mancomunado con dos fincas gananciales incluidas también en el cupo de Don R.

8. En relación con los plazos de calificación y despacho, se ha aplicado lo previsto en la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 13 de marzo de 2020, complementada por otra de 15 de marzo, y en la Instrucción de 4 de junio de 2020.

Fundamentos de Derecho.

Artículos 18 LH y concordantes del Reglamento Hipotecario; artículos 187 a 195, 276 a 282 y 283 y siguientes de la Ley de Derecho Civil de Galicia, en cuanto regulan las figuras del testamento mancomunado, la partición conjunta y unitaria y la partición por contador-partidor; Resoluciones del Centro Directivo de 13 de julio y 26 de octubre de 2016 y 24 de enero de 2017.

1. No se justifica la procedencia de la partición por contador partidor existiendo ya una partición conjunta y unitaria practicada en cuaderno protocolizado por los cónyuges, en base a un testamento mancomunado otorgado por los mismos en el que todas las disposiciones son correspondientes.

– Es dudoso que el contador partidor (que aunque ha sido designado con amplias facultades, en definitiva lo ha sido sólo para un cometido subsidiario en relación con la partición realizada por los cónyuges) pueda, por su sola intervención con la viuda liquidar la sociedad de gananciales (una liquidación que no fue contemplada, por su propia naturaleza, en la partición conjunta y unitaria) y practicar la partición de los bienes privativos del fallecido y de lo integrado en su herencia como consecuencia de la liquidación, existiendo ya una partición practicada en relación con los mismos bienes.

– Parece conforme con la voluntad de los cónyuges (art 675 CC) manifestada en el testamento mancomunado (cuyas disposiciones además han de estimarse irrevocables por el fallecimiento de uno de ellos al haberse configurado todas las disposiciones como correspondientes) que las amplias facultades del contador partidor son meramente subsidiarias, en relación con bienes no incluidos en la partición, y respecto de éstos sólo con el alcance establecido. Como resulta de la exposición de hechos, los cónyuges se remiten en el testamento a la partición conjunta y unitaria en primer término, entendiendo instituidos a los interesados en la misma en la forma y proporción que resulta de dichas adjudicaciones, y sólo después de hacer referencia a la posible existencia de otros bienes no incluidos en la partición, indican la proporción en la cual se distribuirán los mismos (26/32 R., 2/32 para cada uno de los dos hijos restantes y 1/32 para cada uno de los nietos) y nombran contador partidor al compareciente "con las más amplias facultades", estando expresamente facultado, entre otras, para "liquidar gananciales, interpretar este testamento, e incluso aclarar, completar, reformar y resolver cualquier duda sobre las adjudicaciones efectuadas por los testadores", presuponiendo por tanto la eficacia de dicha partición.

– Estando realizada la partición por los testadores, resulta improcedente la partición por contador partidor (no se puede partir lo que ya está partido, se puede "aclarar, completar, reformar y resolver dudas sobre las adjudicaciones efectuadas por los testadores", una vez que la partición devenga eficaz, pero no sustituir la partición realizada por los mismos, y además podría liquidar y partir, observando la proporción en que han sido instituidos los herederos, los bienes que pudieran existir al fallecimiento y que no hubieran sido incluidos en partición conjunta).

– Y en este sentido, es de esencia de la partición conjunta y unitaria realizada por los cónyuges, por disposición legal, que la misma no es eficaz hasta el fallecimiento de ambos. En efecto, el artículo 276 LDCG señala que "Los cónyuges, aunque testen por separado, podrán hacer una partija conjunta y unitaria de sus bienes privativos y de los comunes, si los hubiera, con independencia del origen de los adjudicados a cada heredero". Y el inciso primero del artículo 277 de la misma Ley indica asimismo que "La partija conjunta y unitaria será eficaz en el momento del fallecimiento de ambos cónyuges". Esta pendencia de la eficacia es una consecuencia de las especiales circunstancias que concurren, y que son tomadas en consideración por los cónyuges en el momento de la formalización de la partija (adjudicaciones de bienes comunes, sin previa liquidación, y de bienes privativos, sin consideración a su origen, haciendo innecesario el cálculo de las legítimas en relación con cada patrimonio individualmente, por ello el artículo 282 LDCG indica que "En la partición conjunta y unitaria por ambos cónyuges la legítima de cualquiera de los hijos y descendientes comunes podrá ser

satisfecha con bienes de uno solo de los causantes" y que "En este caso, no podrán reclamarse las legítimas hasta el fallecimiento del último de los cónyuges" –momento de la efectividad de la partición.

– Presuponiendo, porque nada se indica al respecto, que no ha sido declarada la ineficacia de la partición practicada por los testadores (que puede tener lugar "por la alteración sustancial de la composición patrimonial base de la misma, por enajenaciones voluntarias o forzosas", según establece el artículo 281 LDCG) ni ha sido revocada por el cónyuge sobreviviente (tal como permite con carácter general el artículo 280 LDCG cuya aplicación al presente supuesto debe sin embargo ponerse en relación con el artículo 191.2 LDCG, al haberse otorgado testamento mancomunado con todas las disposiciones correspectivas de modo que "fallecido uno de los cónyuges o vuelto incapaz para testar, las disposiciones correspectivas se convierten en irrevocables") la única posibilidad de anticipar la eficacia de la partición conjunta y unitaria es la prevista en la propia ley, en el inciso segundo del artículo 277, que indica que "También producirá plenos efectos si fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente la cumpliere en su integridad por atribuciones patrimoniales inter vivos". El criterio interpretativo más seguro y más ajustado al tenor literal de la norma es el que sostiene que de este cumplimiento íntegro (todas las adjudicaciones) por atribuciones patrimoniales inter vivos (donación, apartación, pacto de mejora con entrega de presente...) se deduce la necesidad de la concurrencia, junto con el cónyuge viudo, de todos los herederos adjudicatarios. La exigencia de que la atribución sea íntegra se comprende porque en la partición conjunta y unitaria las distintas adjudicaciones no pueden ser contempladas de forma aislada, sino en su conjunto, ya que comprenden bienes privativos de dos orígenes y bienes comunes sin previa liquidación y la necesaria concurrencia de todos los herederos se justifica porque las atribuciones patrimoniales inter vivos a que se refiere el precepto se configurarían necesariamente como negocios jurídicos bilaterales. En esta línea de la exigencia de concurrencia de todos los herederos a ese cumplimiento íntegro por atribuciones patrimoniales inter vivos, el artículo 278 LDCG después de indicar que "Fallecido uno de los cónyuges que hiciera la partija conjunta y unitaria, el sobreviviente podrá disponer de sus bienes privativos", expresamente señala que "Para la disposición de los bienes comunes y de los del premuerto incluidos en la partición será necesario el concurso de sus herederos y del cónyuge sobreviviente. La confusión de patrimonios en esta partija no perjudicará a terceros acreedores y legitimarios". La referencia al "cumplimiento íntegro" de la partija parece conectada con la garantía de que todos los herederos puedan tener, en el momento de su efectividad, un control efectivo respecto de las alteraciones en la composición patrimonial de la masa partible a los efectos de lo establecido en el artículo 281 LDCG; y además sugiere que en la mens legislatoris es una partición llamada en principio a ser eficaz de forma íntegra y simultánea (bien en el momento del fallecimiento de ambos cónyuges, bien a través del entero cumplimiento por el cónyuge sobreviviente en concurrencia con los herederos del premuerto).

Evidentemente, debe valorarse la posibilidad de admitir que con la sola concurrencia del cónyuge viudo y el adjudicatario concreto pueda el primero anticipar la eficacia de la partición conjunta y unitaria mediante un acto de atribución patrimonial inter vivos respecto de bienes determinados (refiriendo el "cumplimiento íntegro" al cupo en cuestión ¿? o incluso a bienes concretos, en cuanto que no resulta procedente la previa liquidación ¿?). Ello, efectivamente, podría ser conforme con la voluntad de los comparecientes y e incluso podría suponerse con la del legislador gallego que en distintos artículos provee de recursos para evitar situaciones de bloqueo derivadas de la falta de colaboración de determinados herederos (partición por mayoría y otras figuras, tal como reseña la Resolución de 24 de julio de 2017), pero lo cierto es que tal interpretación carece de un amparo legal específico en la medida en que el tenor literal del precepto es otro (refiere la expresión cumplimiento íntegro a la "partición conjunta y unitaria"), carece de un claro amparo jurisprudencial, y ni siquiera puede deducirse que sea un criterio asentado en la práctica, ni bajo la LDCG de 2006, ni bajo la Ley previa de 1995, en la que la figura carecía de una regulación completa pero sí se aplicaba con

cierta frecuencia. Tal interpretación, dejaría en manos del cónyuge la posibilidad de fragmentar temporalmente la eficacia de la partición y reforzar la posición de unos herederos frente a otros, y obligaría a interpretar el artículo 278 LDCG en el sentido de que excluye del concepto como actos dispositivos los actos de atribución patrimonial de bienes por acto inter vivos del cónyuge a favor de adjudicatarios concretos, lo que puede generar ciertas dudas.

No parece aplicable al supuesto el artículo 207, punto 1 del párrafo segundo de LDCG que señala que "Cuando se adjudica o lega el derecho que corresponde al testador en un bien ganancial la disposición se entenderá referida sólo a la mitad de su valor".

No obstante, la disposición se entenderá referida a la mitad indivisa del bien: 1) Cuando el sobreviviente o sus herederos lo acepten; 2) Si ambos cónyuges hubieran realizado la disposición de forma coincidente y ambas herencias estuvieran deferidas. Primero, porque por su ubicación sistemática, es una norma interpretativa de la voluntad testamentaria, cuando el causante realiza la disposición en los términos señalados (esto es cuando adjudica o lega "el derecho que corresponde al testador en un bien ganancial" y no de un bien por entero como cosa ganancial, artículo 206), y se recoge en la Sección 4 ("de las disposiciones testamentarias especiales") del Capítulo II (De los testamentos), mientras que la partición conjunta y unitaria por los cónyuges, como especialidad no testamentaria, sino particional, se regula en la Sección 2.^a (De la partición por el testador) del Capítulo VII. Segundo, conforme a lo señalado, porque en la partición conjunta y unitaria, tal como la concibe el legislador, los cónyuges no están adjudicando a cada heredero "el derecho que a cada uno corresponda" sobre todos y cada uno de los bienes gananciales inventariados, pendientes de una hipotética liquidación, sino que adjudican los mismos, y los propios de cada cónyuge, de forma conjunta y en una relación de interdependencia total, de modo que determinar el porcentaje que recibe el heredero del cónyuge premuerto (o de ambos) en determinado bien (o, peor aún, presumir que recibe necesariamente la mitad indivisa del bien) constituye una ficción que se aviene mal con la naturaleza de la institución y distorsiona toda la partición, tal como fue originariamente concebida por los cónyuges. Y tercero, porque si a la fecha del fallecimiento de los cónyuges (cuando la partición conjunta y unitaria es ordinariamente eficaz) no hay liquidación de la sociedad de gananciales, parece lógico pensar que tampoco resulte la misma procedente cuando el cónyuge y los herederos anticipan su eficacia "de forma íntegra".

En cualquier caso, lo que no se justifica (al menos con la documentación y datos aportados) es la procedencia de la partición practicada por el contador partidor en vida de uno de los cónyuges en relación con los bienes propios del premuerto y los bienes comunes (previa liquidación con la esposa sobreviviente al 50%) cuando, en relación con la sucesión del esposo, efectivamente abierta, existe ya practicada por el propio causante y su esposa, una partición conjunta y unitaria llamada a ser eficaz en el momento del fallecimiento de ambos, partición que es susceptible de ser aclarada y complementada por el referido contador partidor, quien aparece además facultado para liquidar gananciales y distribuir en la proporción indicada los bienes existentes al fallecimiento de los cónyuges que no se hubieran incluido en la referida partición. Menos aún se justifica la referida partición por contador partidor cuando el propio legislador ha previsto un mecanismo específico para anticipar la eficacia de la partición por los cónyuges una vez fallecido uno de ellos (sin tener que esperar al fallecimiento de ambos): el "cumplimiento íntegro" por el cónyuge sobreviviente mediante "atribuciones patrimoniales inter vivos", cuyos concretos requisitos han tratado de determinarse con anterioridad.

2) Sin perjuicio de lo que queda señalado en el punto anterior, para el caso de que pudiese justificarse su procedencia, la partición del contador partidor, previa liquidación

de los bienes gananciales con la esposa sobreviviente resulta confusa e incongruente en algunos puntos y excesivamente parca en otros:

A) El contador partidor no justifica el carácter con el que actúa, en relación con la partición previa realizada por los cónyuges (esto es, si la está formalizando, si presupone su ineficacia, etc..) lo que resulta relevante para la calificación de las operaciones por él formalizadas.

B) Resultan confusos los porcentajes en la liquidación de la sociedad de gananciales respecto de la finca cuya inscripción se solicita. Como resulta de la exposición de hechos, del 75,83% ganancial (en la escritura, en algún momento se indica el 75,87%) se adjudica el 37,92% la viuda y un 37,92% para la herencia (supone un 75,84%). En la posterior mejora de la nuda propiedad por la esposa a su hijo R. se indica otro porcentaje, el 37,91%, que quizá sea el correcto (en cuyo caso la liquidación no sería exactamente al 50%). Resulta necesaria la aclaración correspondiente.

C) En relación con la misma finca 30289, atendido lo que, se indica en la exposición de hechos, resulta: – que se duplican adjudicaciones (y por tanto valoraciones), pues se adjudica por una parte la finca 30289 y por otra la 790-2, que está ya integrada en aquella, y la casa vivienda y almacén, que también parece formar parte actualmente de la referida registral; – que para la resultante y para los referidos componentes resultarían titularidades diferentes: la finca 30289 resultaría propiedad Don R. por los títulos de herencia y pacto de mejora (en las proporciones que se determinen), reservándose la viuda un porcentaje (37,91 %, 37,92% ¿?) en nuda propiedad, por efecto de la liquidación de la sociedad de gananciales (puesto que renuncia al que le corresponde por herencia), en cambio, la 790-2 se adjudicaría a R. al 100% en pleno dominio por herencia de su padre y respecto de la casa vivienda y el almacén la viuda conservaría el 50% en pleno dominio por liquidación de gananciales adjudicándose el 50% restante a Don R. por título de herencia; – que nada se indica respecto del terreno excluido de Concentración Parcelaria (parece que el circundante con la referida edificación) que no se incluía en la partición conjunta y unitaria de los cónyuges, y que forma también parte actualmente de la finca registral 30289, en el que, en estricta aplicación de la voluntad testamentaria (salvo interpretación del contador partidor que no se expresa) resultarían instituidos los tres hijos y nietos en la proporción que subsidiariamente señalan los testadores para el supuesto de fincas no incluidas en su partición; – que nada se indica tampoco respecto de las dos edificaciones declaradas por los cónyuges (de reciente construcción), la nave destinada a establo de 1080 m² y la fosa de purín, que supone un incremento patrimonial no contemplado en la partición previa por los cónyuges – y finalmente, que no se hace referencia a la porción de finca 790-1 en su día donada por los cónyuges al adjudicatario Don R., ni respecto de las edificaciones sobre la misma costeadas por el propio adjudicatario y su esposa, que, formando parte de la 30289, se incluyen sin embargo en el haber partible, no habiendo tenido acceso al Registro la escritura de segregación y donación en la que en su día se formalizaron dichas operaciones.

Como última cuestión, respecto de la eventual rectificación de la partición realizada por el contador partidor (si se estimase justificada la procedencia de dicha partición), se considera cuestionable la cláusula de apoderamiento a favor de Don R., en los términos en que ha quedado anteriormente expuesta, ya que el cargo de contador partidor es un cargo personalísimo y de ejercicio fundamentalmente indelegable, puesto que se fundamenta en la relación de confianza entre el causante y el contador designado; y menos admisible aun cuando a quien se designa para realizar dichas eventuales rectificaciones es uno de los adjudicatarios, directamente interesado en esa partición, y que nunca habría podido ser designado como contador (Artículo 283 LDCG: "En el propio testamento o en escritura pública, el testador podrá encomendar la facultad de hacer la partición de la herencia a quien no sea partícipe en la misma").

En consecuencia, tomando en consideración los defectos expuestos, la registradora que suscribe acuerda suspender, la práctica de los asientos solicitados.

La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1.º de la Ley Hipotecaria.
Contra esta calificación podrá... (Oferta de recursos).»

Por diligencia de subsanación posterior, de 20 de julio de 2020, se han corregido las participaciones o proporciones erróneas de la sociedad de gananciales en las fincas señaladas en la nota y en las adjudicaciones hechas tras su liquidación.

III

No se solicitó calificación sustitutoria.

IV

El día 22 de julio de 2020, don Carlos Sebastián Lapido Alonso, notario de Teo, interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente:

«1. En relación al primer defecto, la registradora parte del supuesto de que el testamento mancomunado prevalece sobre las demás formas de partición, en relación al primer y principal defecto. Esto no es posible:

a. El testamento mancomunado es una forma de testar, que solo implica que dos cónyuges lo hacen en el mismo documento, pero no presupone la eficacia particional del mismo, pertenece al ámbito formal. Estaríamos en el mismo caso, aunque los cónyuges testaran de forma individual, con el mismo contenido. Según el Tribunal Supremo (S 13 de febrero de 1984) "el testamento mancomunado responde a la nota esencial, marginadora de la individualidad, es la concurrencia plural de los sujetos que emiten una declaración de voluntad en unidad instrumental, con independencia de su contenido bilateral o recíproco."

b. Porque en la Ley de Derecho Civil de Galicia (DDCG), frente a la postura de la Registradora de que no hay justificación a la partición practicada por el contador partidor, no hay precepto alguno que establezca una prelación o preferencia entre las formas de partir (por los cónyuges, por mayorías, por contador partidor), ni norma que excluya una forma de partición por otra, por razón de su eficacia (artículo 270 LDCG).

c. Que la afirmación de la registradora, de que las facultades del contador partidor, son "subsidiarias", carece de fundamento jurídico, y choca con la verdadera voluntad del testador, ya que en este caso tiene verdadera transcendencia, pues ante la negativa o rebeldía de uno de los herederos, el testador recurre al contador partidor, en previsión de esa posibilidad. Es como decir que el artículo 81, c del Reglamento Hipotecario no tiene, en realidad, ninguna eficacia.

d. La partición, hay que recordar, convierte un derecho abstracto en uno concreto, sobre los bienes y derechos de la herencia. La Registradora trata de adaptar la realidad al artículo 277 LDCG, que es su único argumento, cuando es el mismo artículo el que contempla una excepción, así como el artículo 278 LDCG, que permite la disposición en vida, por uno de los cónyuges.

Es más, estamos en presencia de un testamento particional (testamento más cuaderno particional protocolizado), con eficacia por sí, "ya que no se puede partir lo que ya está partido", con lo que haría innecesaria la participación del contador partidor. Así, de acuerdo con la resolución de la DG (26 de octubre de 2016), bastaría para inscribir a favor del heredero don R., el porcentaje privativo de la finca n.º 1, ya que resulta clara la voluntad de los testadores en ese sentido, haciendo cupos o "partillas", la completa descripción de los bienes, con datos registrales y catastrales y si, atendemos a la interpretación conjunta y sistemática del testamento (testamento y cuaderno particional) (artículo 675 CC), lo que nos lleva a pensar que quiso distribuir los bienes entre los hijos. En la STS de 26 de enero de 1988, se dice que "la designación en la institución de bienes concretos y determinados, ha de interpretarse en el sentido de que el testador,

haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1056 CC de realizar el mismo, por actor inter vivos o en última voluntad, la partición de sus bienes, por la que han de estar y pasar los herederos, ha fijado el activo hereditario correspondiente a tales herederos en los bienes concretamente especificados."

Según la Resolución de la DG (23 de octubre de 2019), es doctrina reiterada de este Centro Directivo que es preciso diferenciar la partición propiamente dicha de las llamadas normas de la partición. La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales –inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos–, mientras que en las normas para la partición el testador, se concreta en expresar la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998 ha establecido como principio general, pero no exento de matizaciones, que para la distinción entre partición y operaciones particionales –normas para la partición– «existe una regla de oro consistente en que si el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones (inventario, avalúo...) hay una verdadera partición hecha por el testador, pero cuando no ocurre así, surge la figura de las "normas particionales", a través de las cuales el testador se limita a manifestar su voluntad para que en el momento de la partición se adjudiquen los bienes en pago de su haber a los herederos que mencione». También, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1993 y 15 de julio de 2006, según las cuales no son partición los simples ruegos, deseos recomendaciones y otras que no supongan adjudicación, hechos por el testador; en este caso estaríamos ante normas particionales y no ante una partición hecha por el testador: "La diferencia entre ambos supuestos es fundamental. La simple norma de la partición vincula a los herederos o, en su caso, al contador partidador designado para hacerla, en el sentido de que al hacerse la partición habrán de tenerse en cuenta las normas dictadas por el testador y adjudicar, siempre que sea posible, al heredero o herederos de que se trate los bienes a que la disposición testamentaria se refiere. Por el contrario, la verdadera partición testamentaria, determina, una vez muerto el testador, la adquisición directa "dure hereditario" de los bienes adjudicados a cada heredero, es decir, y como ha declarado la misma Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986, es aplicable a estas particiones el artículo 1068 del Código Civil, según el cual "la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados".

Todo esto entronca con la tradición de testamentos particionales en Galicia, y que las normas se interpretarán en "relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" (art. 3 CC).

La STS de Justicia de Galicia (3/2013 de 3 de febrero) dice que "cabe considerar verdadera partición cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando expresa o implícitamente, las operaciones propias, adjudicando el testador todos los bienes a los herederos".

Además, la partición testamentaria no exige que se efectúen todas las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, pago de deudas y legítimas, etc., siendo suficiente con que la división y adjudicación de lotes esté bien efectuada (STS. 21 de diciembre de 1998).

Facilitar la partición, radica en específicas circunstancias del país gallego, no favorecedoras del buen fin de la partición. Así tanto la complejidad patrimonial de los minifundios, y la heterogeneidad de los bienes, cuanto la general ausencia en el mundo rural de los coherederos, a causa de la emigración o trabajos en alta mar. "El seguimiento de la tesis de la mancomunidad propia del derecho común, avocaba a Galicia a frecuentes desacuerdos y litigios, que la norma especial pretende salvar, aun cuando su aplicación, pueda entrañar ciertos riesgos para los herederos ausentes." (STSJG 3/2007 de 15 de febrero).

En definitiva, la tendencia tanto en derecho común (reforma del artículo 831 del Código Civil) como en los derechos autonómicos, es tratar de evitar judicializar las cuestiones de herencia (tendencia que también observamos en la reciente reforma de la Ley de Jurisdicción voluntaria), además de no contradecir en absoluto la voluntad del testador, y acompañarse de la figura del contador partidor, ¿Qué más quiere la registradora? Hay que recordar que, ante la regla general de la concurrencia de todos los herederos a la partición, existen excepciones en las que no es precisa la misma: que haya sido hecha por el testador la partición –1056 del Código Civil–, que haya sido hecha por contador partidor designado –1057 del Código Civil– o incluso los casos especiales de la delegación de la facultad de mejorar del 831 del Código Civil. En el supuesto de este expediente se debate esta necesidad de concurrencia pendiente de si nos encontramos ante un auténtico testamento particional o no. (RDG 26 de octubre de 2016).

2. Sobre la segunda cuestión, es decir si se debe o no hacerse la liquidación de gananciales y de qué forma, creo que no hay ninguna duda, la escritura contempla una liquidación previa con adjudicación a la herencia de una mitad indivisa y la otra mitad al cónyuge viudo, en base al artículo 293 LDCG, que utiliza la disyuntiva "o" y no la conjunción "y". Es necesaria la liquidación total de la sociedad de gananciales, en vida de uno de los cónyuges (1392, 1.º CC) y me remito en este sentido a la resolución de la DG del 24 de enero de 2017, que resolvió un supuesto idéntico en el ámbito del derecho civil gallego: 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 el Código Civil de Galicia, que además desarrolla más detalladamente los distintos supuestos. Así, los artículos 205 y siguientes de la Ley civil foral de Galicia 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 –en cuyo caso hay que esperar a esa liquidación de gananciales– y en otro caso, el valor que tuviera al fallecimiento del testador.

– Si 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, pero, no obstante, la disposición se entenderá referida a la mitad indivisa del bien, "cuando el cónyuge sobreviviente o sus herederos lo acepten" o "si ambos cónyuges hubieran realizado la disposición de forma coincidente y ambas herencias estuvieran deferidas".

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 superviviente 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 superviviente lo consiente.

Además, al interpretar el artículo 207, 1.º, dice la misma resolución: "Si el contador-partidor comisario que interviene en la protocolización de escritura de protocolización hubiera sido designado para tal cargo por ambos causantes podría admitirse la no necesidad de previa liquidación de gananciales, como un acto formal previo de las adjudicaciones hereditarias (así, artículo 293 de la Ley de derecho civil de Galicia y Resolución de 20 de julio de 2007)."

3. Además los términos del artículo 207 de la Ley de derecho foral de Galicia son claros: la disposición o adjudicación de los derechos que corresponden a la testadora

sobre un bien ganancial se entenderán referidos a la mitad de su valor y se concreta en la mitad indivisa por consentimiento del cónyuge supérstite o sus herederos. Y el artículo 293 de la misma de la Ley de derecho civil de Galicia dispone que el contador-partidor testamentario podrá realizar la liquidación de gananciales con concurrencia del «cónyuge sobreviviente o de sus herederos», lo que debe entenderse como de todos los herederos.

4. La necesidad de la previa liquidación de gananciales para la eficacia de los actos particionales, al menos como regla general, ha sido afirmada tanto por nuestro Tribunal Supremo, en el ámbito del derecho común, como por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el ámbito del derecho civil gallego. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia número 45/2014, de 9 de octubre, dice: «Sin necesidad de entrar aquí en disquisiciones sobre las acciones que puede ejercitar el legitimario gallego después de la entrada en vigor de la citada Ley de 2006, que podría haber sido el núcleo de la cuestión a dilucidar en el pleito de ser otros los hechos probados, lo cierto es que tenemos que detenernos en un escalón previo o anterior, cual es el de determinar si en derecho gallego es preceptiva y previa a la partición de la herencia, en este caso por la contadora-partidora, la liquidación de la sociedad de gananciales de la causante. La respuesta es clara y no existe diferencia con el derecho común, como así se desprende de lo dispuesto en el art. 293 LDCG que preceptúa que: "en la partición el contador-partidor podrá liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge sobreviviente o sus herederos», norma que es común a la partición efectuada por el propio testador, como se deduce inequívocamente de lo dispuesto en el art. 278, y a la efectuada por los propios herederos ex art. 302. Porque la liquidación de la sociedad conyugal es paso anterior previo e imprescindible a la participación, ya que sin ella no es posible conocer el haber hereditario partible (en este sentido pueden consultarse nuestras sentencias de 7-12-2006 y 13-2-2013, así como las del TS de 7-10-2002 y 15-6-2006)".

5. Sobre la segunda cuestión, punto I, no sé qué puedo decir que no esté incluido en el apartado anterior, ya que, si la escritura "resulta confusa e incongruente, en algunos puntos y excesivamente parca en otros" podría decir exactamente lo mismo de la calificación en cuanto a este punto.

En realidad, es ella la que tiene toda la información sobre el origen de la finca registral 30.289, ya que, en la nota informativa, se dice que procede de la 13.172 (en el cuaderno se identifica con este n.º de finca registral), y eso es simplemente consecuencia de que la protocolización es del año 2009, y la agrupación del año 2017.

En la escritura la finca está perfectamente descrita, coordinada con el catastro y con el Registro, de acuerdo con los datos registrales, proporcionados por el Registro.

Para el punto II, efectivamente, el porcentaje adjudicado de la parte ganancial, por mitad, es de 37,915% para la herencia, y de 37,915% para la viuda, lo que corrijo por diligencia.

En cuanto al punto III, la Registradora solo tiene que inscribir la finca descrita en el expositivo IV n.º 1, tal y como se solicitó en el otorgando sexto. Su calificación se refiere a la finca descrita en el n.º 10 del expositivo, para la que no se solicita inscripción alguna, de acuerdo con el principio de rogación que informa el procedimiento registral (artículo 6 Ley Hipotecaria).

En cuanto a la última cuestión, es decir, a que la Registradora "considera cuestionable" la cláusula de poder del otorgando octavo, prefiero no decir nada.»

Por diligencia de 27 de julio de 2020, se aclara que la transmisión en pacto de mejora lo es nuda propiedad (no en pleno dominio), no siendo por tanto objeto de recurso.

V

Mediante escrito con fecha de 29 de julio, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el mismo día).

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 187 a 195, 209 y siguientes, 276 a 282 y 283, y siguientes, en especial los 276. 277, 278 y 279 de la Ley de Derecho Civil de Galicia; 18 de la Ley Hipotecaria; Sentencia del TSJ de Galicia 3/2013 de 3 de febrero; Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de julio y 26 de octubre de 2016 y 24 de enero de 2017 y 23 de octubre de 2019.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de liquidación de sociedad de gananciales, pacto de mejora y adjudicación de herencia la que son relevantes y concurren los hechos y circunstancias siguientes:

– El 22 de enero de 2009, los cónyuges otorgaron una escritura de aprobación, ratificación y protocolización de operaciones particionales de sus bienes privativos y gananciales entre sus hijos y nietos en la que hicieron lotes y adjudicaciones entre ellos.

– El mismo 22 de enero, y en número siguiente de protocolo, otorgaron testamento mancomunado en el que, manifestaron tener tres hijos vivos y dos nietos, hijos de otro hijo fallecido. En este testamento, se legaron mutuamente el usufructo universal y vitalicio de todos los bienes de la herencia e «Instituyen herederos a sus tres nombrados hijos... y nietos... en la forma y proporción que resulta de las adjudicaciones efectuadas a su favor en la partición efectuada por los otorgantes y protocolizada ante mi fe bajo el día de hoy, bajo el número anterior al de este testamento...» y dispusieron que, si al tiempo de su fallecimiento existiesen otros bienes, se distribuirían entre sus hijos y nietos a razón de las proporciones siguientes: 26/32 para su hijo don R; 2/32 para cada uno de sus otros dos hijos; y 1/32 para cada uno de sus nietos. Por último, «Nombran contador partidor de sus herencias, con las más amplias facultades, incluso la de proceder realizar pagos en metálico, la de elección en los legados de cosa no determinada, constituir servidumbres... entregar legados de inmuebles, liquidar gananciales, interpretar este testamento, e incluso aclarar, completar, formular y resolver cualquier duda sobre las adjudicaciones efectuadas por los testadores a don..., y en su defecto a don..., que solo actuaran a requerimiento de cualquiera de los interesados...».

– El 6 de marzo de 2020, se otorgan las operaciones particionales de requerimiento al contador partidor, y liquidación de sociedad de gananciales y adjudicación de la herencia causada por el esposo, que había fallecido el 2 de febrero de 2018, bajo la vigencia del testamento mancomunado. Intervienen en el otorgamiento, la viuda, el contador partidor y el hijo llamado en mayor participación de remanente. En la citada escritura, se liquida la sociedad de gananciales, y en la partición que se realiza, se incorporan al inventario algunas de las fincas que figuran en el inventario de la partición hecha por los cónyuges en el año 2009; además, desde entonces, se han producido segregaciones, agrupaciones, obras nuevas, y modificaciones registrales como consecuencia de Concentración Parcelaria. Se realizan, por el contador partidor, adjudicaciones que en esencia repiten las hechas anteriormente, pero que presentan algunas diferencias con las hechas en la partición del año 2009. Por último, en virtud de pacto de mejora, la viuda adjudica a su hijo compareciente, un porcentaje añadido de algunos de los adjudicados a ella, sobre una casa y almacén del inventario.

La registradora señala en esencia dos defectos, de los cuales se subsanan mediante diligencia algunas de las cuestiones contenidas en el segundo, y se recurren las otras: 1) Que no se justifica la procedencia de la partición por contador-partidor existiendo ya una partición conjunta y unitaria practicada en cuaderno protocolizado por los cónyuges con base en un testamento mancomunado otorgado por los mismos, en el que todas las disposiciones son correspectivas, estando previsto un mecanismo legal específico para anticipar la eficacia de la referida partición en caso de fallecimiento de uno solo de ellos: el cumplimiento íntegro por el cónyuge superviviente mediante atribuciones patrimoniales inter vivos. 2) Que la partición practicada por el contador partidor, previa liquidación de la sociedad de gananciales con el cónyuge, resulta confusa e incongruente en algunos

puntos y excesivamente parca en otros: respecto de la finca cuya inscripción se solicita, resultan confusos los porcentajes en la liquidación de la sociedad de gananciales; se duplican las adjudicaciones (al adjudicarse y valorarse independientemente la finca resultante y aquellas que dan lugar a la misma, según el Registro, no resultando coherente tampoco la titularidad final de una y otras); y se omiten complementos o aclaraciones, que, atendidos los términos en los que el contador ha sido nombrado, hubieran resultado procedentes, en relación con el cuaderno particional (inclusión de terreno excluido de la Concentración Parcelaria y de terreno previamente donado al adjudicatario, nuevas edificaciones).

El notario recurrente alega lo siguiente: respecto del primero de los defectos señalados, que la tendencia tanto en derecho común como en los derechos autonómicos, es tratar de evitar judicializar las cuestiones de herencia, y respetar y mantener la voluntad del testador; que, ante la regla general de la concurrencia de todos los herederos a la partición, existen excepciones en las que no es precisa la misma: que haya sido hecha por el testador la partición, que haya sido hecha por contador partidor designado o incluso los casos especiales de la delegación de la facultad de mejorar; que nos encontremos ante un auténtico testamento particional o no, se completa con la intervención del contador partidor y la concurrencia de la viuda; que 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 superviviente o sus herederos. Respecto del segundo de los defectos señalados, relativo a algunas incongruencias de la partición del contador con la realizada por el testador, que la finca del punto I, está perfectamente descrita, coordinada con el catastro y con el Registro, de acuerdo con los datos registrales; que respecto de los defectos señalados en los otros puntos, uno de ellos se ha corregido por diligencia de subsanación, y el otro se refiere a otra finca de la que no se ha solicitado la inscripción, por lo que no son objeto del recurso.

2. En cuanto al primero de los defectos señalados, esto es, que no se justifica la procedencia de la partición por contador-partidor existiendo ya una partición conjunta y unitaria practicada en cuaderno protocolizado por los cónyuges con base en un testamento mancomunado otorgado por los mismos, en el que todas las disposiciones son correspectivas, coinciden la registradora en la calificación y el notario recurrente en su escrito de recurso, en relación con la eficacia directa de los testamentos verdaderamente particionales (Vistas las Resoluciones de 26 de Octubre de 2016, 23 de Octubre de 2019 y Sentencia del TSJ de Galicia 3/2013 de 3 de Febrero) y con la necesidad, al menos como regla general, de la previa liquidación de la sociedad de gananciales respecto del acto particional, así como que la misma pueda realizarla el cónyuge sobreviviente con el contador partidor designado por el premuerto (cita Sentencia del TSJ 45/2014 de 9 de Octubre; artículo 293 de la Ley de Derecho Civil de Galicia). Son criterios reiterados por la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, y por la jurisprudencia que son aceptados con carácter general y conviene recordar.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. «Vistos») que es preciso diferenciar la partición propiamente dicha de las llamadas normas de la partición. La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales –inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos–, mientras que en las normas para la partición del testador, se concreta en expresar la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998 ha establecido como principio general, pero no exento de matizaciones, que para la distinción entre partición y operaciones particionales –normas para la partición– «existe una regla de oro consistente en que si el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las

operaciones (inventario, avalúo...) hay una verdadera partición hecha por el testador, pero cuando no ocurre así, surge la figura de las «normas particionales», a través de las cuales el testador se limita a manifestar su voluntad para que en el momento de la partición se adjudiquen los bienes en pago de su haber a los herederos que mencione». También, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1993 y 15 de julio de 2006, en las cuales no son partición los simples ruegos, deseos recomendaciones y otras que no supongan adjudicación, hechos por el testador; en este caso estaríamos ante normas particionales y no ante una partición hecha por el testador. Incluso la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986, admitió un testamento como particional sin formalizar inventario ni avalúo de los bienes, si bien en aquel supuesto, se trataba de dos testamentos iguales del matrimonio y aunque no se formulaba inventario completo, se mencionaban y adjudicaban bienes concretos.

La diferencia entre ambos supuestos es muy importante. La simple norma de la partición vincula a los herederos, o en su caso, al contador partidor designado para hacerla, en el sentido de que al hacerse la partición habrán de tenerse en cuenta las normas dictadas por el testador y adjudicar, siempre que sea posible, al heredero o herederos de que se trate los bienes a que la disposición testamentaria se refiere. Por el contrario, la verdadera partición testamentaria, determina, una vez muerto el testador, la adquisición directa «iure hereditario» de los bienes adjudicados a cada heredero, es decir, y como ha declarado la misma Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986, es de aplicar a estas particiones el artículo 1068 del Código Civil, según el cual «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados».

La Dirección General de Registros y del Notariado también se ha pronunciado, en Resolución de 1 de agosto de 2012, que ha sido reiterada por muchas posteriores (vid. «Vistos») en los siguientes términos: «Resumidos los antecedentes, procede analizar las distintas cuestiones que se plantean en este recurso. La primera cuestión es la de determinar si las asignaciones del testador constituyen una partición realizada por el mismo o si, por el contrario, éste se limita a establecer normas particionales en el testamento para que luego sean tenidas en cuenta en la partición que habrían de realizar los herederos una vez fallecido el causante. La cuestión es fundamental a efectos de determinar el título de adjudicación, pues mientras en el primer caso, se trata de una partición que no sólo se pasará por ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056 del Código Civil, sino que confiere la propiedad de los bienes adjudicados como cualquier otra partición, conforme a lo dispuesto en el artículo 1068 del propio Código, mientras que si se tratase de meras normas particionales, el título de adjudicación haría tránsito de una pretendida partición del testador a una partición que habrían de realizar todos los herederos y no un solo grupo de ellos, teniendo en cuenta, eso sí, las normas particionales del testador».

En el supuesto concreto de este expediente, como coinciden notario y registradora, estamos ante una partición hecha por el testador y no ante unas meras normas particionales, si bien, entiende el notario que la actuación posterior del contador partidor completa y corrobora la partición realizada anteriormente en vida del causante, ya que exige la liquidación de la sociedad de gananciales, para con la parte de la viuda completar las adjudicaciones que habían sido pactadas. La registradora no comparte este aspecto y señala que la viuda solo puede corregir o completar las adjudicaciones mediante disposiciones inter vivos que cumplan íntegramente lo pactado en la escritura particional anterior.

3. Pero por otra parte, en el supuesto concreto de este expediente, tenemos una forma testamentaria y otra particional propias del derecho gallego –testamento mancomunado y realización de partija conjunta y unitaria entre cónyuges– que presentan una especialidad clara en el ámbito que se contempla, lo que exige abordar, en primer término, a la específica regulación legal de ambas figuras, sus requisitos y efectos (artículos 187 y siguientes y 276 y siguientes de la Ley de Derecho Civil de Galicia), tal como los mismos han sido configurados por el legislador.

El legislador gallego a fin de proveer de recursos que eviten las situaciones de bloqueo derivadas de la falta de colaboración de determinados herederos, ha habilitado sistemas que agilicen y flexibilicen la partición en casos de posibles oposiciones a ella, entre estas, el refuerzo de la partición practicada por los cónyuges, la partición por mayorías, partición conjunta y unitaria, etc. En definitiva, como ha afirmado este Centro Directivo, ««resulta del conjunto de la regulación gallega en materia sucesoria la voluntad legislativa de evitar situaciones de bloqueo derivadas de la no concurrencia de algún heredero o legitimario a la partición, lo que se traduce en la inclusión y desarrollo de figuras como la partición de los herederos por mayoría, auténtica excepción al carácter unánime de la partición, aunque esté sometida a controles no judiciales, y, en la misma línea, el refuerzo de la eficacia de los actos particionales realizados por los testadores, especialmente si son cónyuges, a los que se permite, por ejemplo, partir conjuntamente, aunque testen por separado, y satisfacer la legítima de los hijos con bienes solo de uno de ellos (artículo 282 de la Ley de derecho civil de Galicia), y hacerlo con independencia del origen de los bienes (artículo 276 de la Ley de derecho civil de Galicia), o que el cónyuge sobreviviente atribuya eficacia a la partición conjunta, que puede incluir bienes comunes, tras el fallecimiento del otro cónyuge, mediante actos de atribución dispositiva inter-vivos (artículo 277 de la Ley de derecho civil de Galicia). Este mismo espíritu también se refleja en la regulación especial de la disposición testamentaria de bienes gananciales o de su participación en los mismos por uno de los cónyuges, a la que a continuación se aludirá. Todo ello no significa, sin embargo, que en todo caso y supuesto permita la legislación gallega prescindir de la previa liquidación de gananciales para la eficacia de la partición. Además y a mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que sería la fecha de la apertura de la sucesión la que determinaría la naturaleza de la legítima, y no la de la práctica de la partición, como ha reconocido el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sentencia de 30 de noviembre de 2011), lo que en el caso nos remitiría a la legítima "pars bonorum" del Código Civil, si se tiene en cuenta la fecha de fallecimiento del causante de cuyo heredero se ha prescindido en la liquidación de gananciales (año 1993)»».

En el supuesto concreto, se hace la liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que no hay obstáculo en lo que se refiere a este punto. Pero es que, además, el artículo 293 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, establece de forma práctica que «En la partición, el contador partidor podrá liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge sobreviviente a sus herederos. Si el contador partidor lo fuera de ambos cónyuges y realizara la partición conjunta, podrá prescindir de la liquidación de la sociedad conyugal salvo que fuera precisa para cumplir las disposiciones testamentarias de cualquiera de ellos». Pues bien, en este supuesto, concurren la viuda y el contador-partidor; además, había sido designado en el cargo por ambos cónyuges, realiza la partición conjunta y, no obstante, no prescinde de la liquidación de gananciales.

Además, en el caso de no haberla hecho tampoco habría constituido un obstáculo, pues como ha puesto de relieve la Dirección General de Registros y del Notariado (Resolución de 24 enero de 2017) «Si el contador-partidor comisario que interviene en la protocolización de escritura de protocolización hubiera sido designado para tal cargo por ambos causantes podría admitirse la no necesidad de previa liquidación de gananciales, como un acto formal previo de las adjudicaciones hereditarias (así, artículo 293 de la Ley de derecho civil de Galicia y Resolución de 20 de julio de 2007). También podría ser cuestionable la necesidad de una previa liquidación de gananciales cuando conjuntamente se parten las herencias de dos cónyuges, interviniendo en el acto los causahabientes de todos ellos, y, sobre todo si todos los bienes tienen naturaleza ganancial (Resoluciones de 1 de octubre y 19 de noviembre de 2007)».

4. Ahora, queda por resolver si cabe aceptar la partición del contador partidor existiendo la partija conjunta y unitaria, que es la esencia del defecto señalado por la registradora. Ciertamente, la partición del testador prevalece sobre la que realice un contador partidor por él designado, pero hay que aclarar que en el supuesto concreto, su designación –que la registradora considera subsidiaria– es algo más que esto: facilita la

liquidación de la sociedad conyugal que de otro modo precisaría la concurrencia de la totalidad de los herederos; ha sido designado con las más amplias facultades, entre otras, la de proceder realizar pagos en metálico, la de elección en los legados de cosa no determinada, constituir servidumbres, entregar legados de inmuebles, liquidar gananciales, interpretar este testamento, e incluso aclarar, completar, formular y resolver cualquier duda sobre las adjudicaciones efectuadas por los testadores. Pues bien, precisamente por la naturaleza ganancial de muchos de los bienes, se hace necesaria su intervención para completar la partición hecha por los testadores mancomunados y adjudicar, junto con la viuda, los bienes conyugales en la forma establecida en la partición inicial. Y este es su límite: que no puede alterar lo hecho anteriormente dado que de un compromiso entre los cónyuges había surgido como consecuencia la partija unitaria y conjunta.

La Ley de Derecho Civil de Galicia regula de forma detallada la partición o partija unitaria hecha entre los cónyuges. En el artículo 276 establece que «Los cónyuges, aunque testen por separado, podrán hacer una partija conjunta y unitaria de sus bienes privativos y de los comunes, si los hubiera, con independencia del origen de los adjudicados a cada heredero», lo que plasma el imperio de un respeto de la sucesión organizada en el patrimonio familiar que se ha perseguido siempre en el derecho común y que la legislación gallega ha recogido.

Su naturaleza, participativa de la de los pactos sucesorios, pero distinta de la de estos —que tienen normas específicas para ellos en los artículos 209 y siguientes—, está atemperada en la regulación de la partija una vez otorgada por los cónyuges. Así viviendo ambos, recoge el artículo 279 que «En vida de ambos cónyuges, la partija conjunta y unitaria podrá ser revocada por cualquiera de ellos. La revocación no producirá efecto mientras no sea notificada fehacientemente al otro cónyuge». Y fallecido uno de los cónyuges, el artículo 280 establece lo siguiente: «Fallecido uno de los cónyuges, la partija conjunta y unitaria también quedará sin efecto por revocación del sobreviviente». En definitiva, tanto en uno como en otro caso, la realización de la partija no obliga a los cónyuges a su mantenimiento en los mismos términos que lo haría un pacto o un contrato sucesorio.

Esta regulación diferencia la partija de lo pactado en el testamento mancomunado recogido por el artículo 191 de la Ley de derecho Civil de Galicia, que, referido a las disposiciones en testamento mancomunado, establece lo siguiente: «La revocación o modificación unilateral de las disposiciones correspectivas solo podrá hacerse en vida de los cónyuges y producirá la ineficacia de todas las recíprocamente condicionadas. Fallecido uno de los cónyuges o vuelto incapaz para testar, las disposiciones correspectivas se convierten en irrevocables...», lo que, por tanto, no impide que en vida de ambos cónyuges el testamento mancomunado sea revocado unilateralmente por uno de ellos.

5. En el supuesto concreto de este expediente y con los datos que resultan del mismo, la partija no ha sido revocada por ninguno de los cónyuges, ni en vida de ambos, ni tras el fallecimiento del esposo. Tampoco lo ha sido el testamento mancomunado que otorgaron el mismo día que la partija. Por tanto, esto nos lleva a analizar los efectos de la partija en la sucesión del que es ahora causante.

La eficacia de las partijas conjuntas y unitarias se recoge, para el caso de la partición de la herencia, en el artículo 277 del mismo texto legal: «La partija conjunta y unitaria será eficaz en el momento del fallecimiento de ambos cónyuges. También producirá plenos efectos si, fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente la cumpliera en su integridad por atribuciones patrimoniales inter vivos». Y, para la disposición de los bienes tras la apertura de la sucesión de uno de los cónyuges, el artículo 278 establece lo siguiente: «Fallecido uno de los cónyuges que hiciera la partija conjunta y unitaria, el sobreviviente podrá disponer de sus bienes privativos. Para la disposición de los bienes comunes y de los del premuerto incluidos en la partición será necesario el concurso de sus herederos y del cónyuge superviviente. La confusión de patrimonios en esta partija no perjudicará a los terceros acreedores y legitimarios». Así pues, fallecidos ambos

cónyuges, se producen «plenos efectos», y fallecido uno de ellos, el sobreviviente debe cumplir en su integridad la partija haciendo atribuciones patrimoniales inter vivos. Y, para la disposición de los bienes comunes y los del premuerto incluidos en la partición, se hace necesario el concurso del cónyuge superviviente y de los herederos del premuerto.

Ciertamente, como sostiene la registradora, la pendencia de la eficacia es una consecuencia de las especiales circunstancias que concurren y se consideran por los cónyuges al tiempo del otorgamiento de la partija para una debida organización de la sucesión familiar: adjudicación de bienes privativos sin consideración a su origen y procedencia, adjudicaciones de bienes comunes, sin previa liquidación de gananciales, sin necesidad de un cálculo de las legítimas en relación con cada patrimonio individualmente, lo que cohonesta con el contenido del artículo 282 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, que establece lo siguiente: «En la partición conjunta y unitaria por ambos cónyuges la legítima de cualquiera de los hijos y descendientes comunes podrá ser satisfecha con bienes de uno solo de los causantes... En este caso, no podrán reclamarse las legítimas hasta el fallecimiento del último de los cónyuges» que es precisamente el momento mismo en el que produce plenos efectos la partija.

Recapitulando, los cónyuges, en vida, no han revocado la partija ni siquiera su testamento mancomunado; fallecido el esposo, tampoco se ha revocado la partija por la viuda –lo que podría hacer conforme el artículo 280, pero no consta que lo haya hecho–; por tanto, los efectos –que no la eficacia plena de la partija– son que la viuda debe cumplir íntegramente lo pactado en la partición conjunta y unitaria mediante atribuciones patrimoniales inter vivos; la disposición de bienes del premuerto o de los comunes incluidos en la partija requiere el concurso de la viuda y los herederos del causante; el contador partidador designado por ambos cónyuges formula un cuaderno particional. La cuestión es si la intervención de ese contador partidador, en el supuesto especial de Derecho Civil de Galicia suple la concurrencia de los herederos exigida para las disposiciones de bienes del testador.

Hay que recordar que conforme lo recogido antes, es de esencia de la partición conjunta y unitaria por los cónyuges –figura inexistente en el derecho común–, que «la misma será eficaz en el momento del fallecimiento de ambos cónyuges» (artículo 277 inciso primero); así como que «también producirá plenos efectos si fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente la cumpliere en su integridad por atribuciones patrimoniales ínter vivos», en concurrencia con «los herederos y el cónyuge superviviente» (artículo 277 inciso segundo, en relación con el artículo 278).

En definitiva, que la partición no produzca «plenos efectos» sino hasta el fallecimiento de ambos cónyuges, no significa que no produzca «ciertos efectos», dado que existe, y por tanto el cuaderno particional del contador partidador no puede ignorarla. El legislador ha previsto específicamente un mecanismo para anticipar la eficacia de dicha partición en el supuesto de que haya fallecido uno solo de los cónyuges, esto es, a través de su cumplimiento íntegro por atribuciones patrimoniales ínter vivos del cónyuge sobreviviente al heredero, y, por tanto, se debe respetar lo ordenado por el causante y no verificar la partición de nuevo por el contador partidador, que, conforme las facultades en su designación como contador partidador, sólo puede «aclarar», «completar» y «resolver dudas sobre las adjudicaciones efectuadas por los testadores».

6. Así pues, el contador ha de cumplir su cometido respetando los límites que le impone la voluntad testamentaria, en este caso, una partición conjunta y unitaria ya practicada por los propios cónyuges por la que ha de pasar, aunque de ser necesario, podrá aclarar o complementar llegado el momento de su efectividad; sin perjuicio de las amplias facultades reconocidas en relación con los bienes no incluidos en la misma, además de los impuestos por la ley.

Queda aclarar si el contador partidador puede suplir la exigencia de la intervención de los herederos en las adjudicaciones inter vivos de los bienes comunes y privativos del premuerto incluidos en la partija. Pues bien, la cualidad especial de la norma en el derecho Civil de Galicia –no hay igual en el Derecho Común salvo la semejanza con las disposiciones del cónyuge delegado con la facultad de mejorar del 831 del Código Civil–,

y su aplicación específica al caso de la partija determinan que la intervención de los herederos es necesaria. No se ha de olvidar, además, que, en el supuesto concreto, el heredero compareciente no es el único interesado en la sucesión, y que el cumplimiento estricto de lo establecido en la ley constituye también garantía para los no intervinientes.

7. Por último, debe determinarse qué ha de entenderse por «cumplimiento en su integridad de la partición conjunta y unitaria por el cónyuge sobreviviente a través de atribuciones patrimoniales ínter vivos» y la intervención que ello exigiría, así como las implicaciones que tal «cumplimiento íntegro» supone en relación con la regla general, no discutida en este supuesto, de que la liquidación de la sociedad de gananciales es un acto preparticional necesario.

Pues bien, en el caso de la partición conjunta y unitaria, la flexibilización legal gallega radica en permitir que el cónyuge viudo pueda cumplir íntegramente las adjudicaciones particionales mediante atribuciones patrimoniales inter vivos a los herederos, incluso en relación con bienes comunes, y por lo tanto anticipar su eficacia plena, sin tener que esperar al fallecimiento de ambos cónyuges que es cuando, por disposición legal, tal partición surte efecto pleno de forma ordinaria.

En el supuesto concreto de este expediente, se han hecho atribuciones por la viuda, uno de los herederos, y, por el contador partidor –sin la concurrencia de los otros herederos– haciéndose atribuciones por partición hereditaria «mortis causa» consecuencia de la sucesión del esposo premuerto, –no inter vivos, como exige la ley– a favor de uno de los herederos, adelantando en el cuaderno particional su cupo íntegro, sin reserva de la mitad ganancial por el cónyuge que atribuye eficacia en vida a la partición, y sin comprender los restantes bienes ni exigir la concurrencia de los restantes herederos adjudicatarios. En consecuencia, se ha de confirmar este defecto señalado.

8. Por lo que respecta al segundo de los defectos señalados, se indican en la nota de calificación una serie de incongruencias advertidas en la propia partición por el contador partidor y el pacto de mejora por la viuda, algunas de ellas corregidas en diligencia de 20 de julio de 2020 en la que se subsanan los porcentajes de finca que la viuda se adjudica por liquidación de gananciales (el 37,915% del pleno dominio) y que transmite a su hijo por pacto de mejora (el 37,915%). En posterior diligencia de 27 de julio de 2020 se aclara que la transmisión en pacto de mejora lo es nuda propiedad, no en pleno dominio, y no son objeto de recurso.

En cuanto a la finca registral número 30.289 de Santa Comba, se señala en la calificación que se duplican adjudicaciones y en consecuencia las valoraciones, pues se adjudica por una parte la finca 30289 y por otra la 790-2, que está ya integrada en aquella, y la casa vivienda y almacén, que también parece formar parte actualmente de la referida registral; que para la resultante y para los referidos componentes resultarían titularidades diferentes: la finca 30289 resultaría propiedad del heredero compareciente por los títulos de herencia y pacto de mejora, reservándose la viuda un porcentaje en nuda propiedad, por efecto de la liquidación de la sociedad de gananciales –puesto que renuncia al que le corresponde por herencia–, en cambio, la 790-2 se adjudicaría al heredero al 100% en pleno dominio por herencia de su padre y respecto de la casa vivienda y el almacén la viuda conservaría el 50% en pleno dominio por liquidación de gananciales adjudicándose el 50% restante al heredero por título de herencia. El recurrente alega que es consecuencia de que la protocolización es del año 2009, y la agrupación del año 2017, por lo que no accedió la agrupación al Registro y que en la escritura la finca está perfectamente descrita, coordinada con el catastro y con el Registro, de acuerdo con los datos registrales. Ciertamente que el historial registral del inmueble, para la mejor comprensión del defecto, es el siguiente: la finca 30289 de Santa Comba, es el resultado de agrupar la finca 790-1, la 790- 2, y terreno excluido de Concentración Parcelaria, que se inmatriculó, antes de la agrupación, como finca independiente, registral 30283. Las fincas 790-1 y 790- 2 no existen ya en la realidad jurídica como fincas independientes; sin embargo, la segunda –790-2, finca registral 13174– se inventaría –número 9 del inventario– y se adjudica como finca independiente de la registral 30289 –número 1 del inventario–, cuando en realidad forma

parte de la misma; y la casa de planta alta y baja y el almacén –inventariadas bajo el número 7 y adjudicadas también como finca independiente– son en realidad edificaciones que constan declaradas sobre la finca 30.289, junto con otras edificaciones.

En definitiva se trata de una incongruencia formal –y de duplicidad de valoraciones– y, además, las adjudicaciones finales en titularidad no son coincidentes: la finca 30.289 de Santa Comba se adjudica en pleno dominio al heredero compareciente, con la reserva del usufructo de un 37,915% para la viuda; y en cambio la finca 790-2 –en realidad inexistente e integrada en la 30289– se le adjudica en pleno dominio al 100% al mismo heredero, y respecto de la casa vivienda de planta baja y alta y el almacén –en realidad declarada sobre la finca registral 30.289– conserva la viuda el 50% en pleno dominio por efecto de la liquidación de gananciales y se adjudica al heredero el 50% restante en pleno dominio por título de herencia.

Así pues, en la calificación se advierte que el todo (finca 30289) y las partes integrantes –790-1, 790-2 y casa y almacén– se inventarían y valoran doblemente, y se adjudican dando lugar a titularidades diferentes, lo que impide la inscripción.

Por otra parte, en relación con la misma finca 30289 señala la calificación que comprende terreno excluido de Concentración Parcelaria al que no se aludía en el cuaderno particional de los cónyuges, terreno que conforme el cuaderno particional, fue donado en vida al mismo heredero, en donación que no tuvo acceso al Registro y hay edificaciones declaradas por los cónyuges en vida, adicionales a aquellas a las que, a efectos de valoración, hacen referencia en su partición protocolizada. Pues bien, tales circunstancias pueden ser relevantes en relación con las facultades que se confieren expresamente al contador partidor de «aclarar, completar, reformar y resolver cualquier duda sobre las adjudicaciones efectuadas por los testadores» en su partición, en cuanto que ésta se refiere a las fincas en el estado previo a las operaciones de modificación hipotecaria formalizadas, y no al estado actual en el que deben adjudicarse. Sin embargo, el contador partidor no ha hecho ninguna referencia a estas cuestiones en su partición, y precisamente, en este aspecto podría aclarar y completar la adjudicación hecha en la partija.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

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, 16 de octubre de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.