

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10989 *Resolución de 26 de octubre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Padrón, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación, adjudicación parcial de herencia y entrega de legado.*

En el recurso interpuesto por don Carlos Lapido Alonso, notario de Teo, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Padrón, don Luis Antonio Gallego Fernández, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación, adjudicación parcial de herencia y entrega de legado.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Teo, don Carlos Lapido Alonso, de fecha 19 de abril de 2016, con el número 418 de protocolo, don E. I. S. (viudo de la causante), doña M. R. I. P. (hija de la causante) y doña N. R. I. (nieta legataria de la causante e hija de la anterior compareciente), otorgaron escritura de aceptación, adjudicación parcial de herencia y entrega de legado causados por el óbito de doña P. P. S. No concurre al otorgamiento de la citada escritura un segundo hijo de la causante, llamado don J. M. I. P. que ha sido instituido como heredero de la misma junto con su hermana doña M. R. I. P.

En el testamento de la causante, autorizado por el mismo notario citado antes, de fecha 15 de diciembre de 2011, interesa reseñar a los efectos de este expediente las cláusulas siguientes: Que lega a su cónyuge el usufructo universal y vitalicio de la herencia; dispone que «instituye herederos universales a sus hijos J. M. y M. R., y en virtud de la facultad que le otorga el artículo 1056 del Código Civil y concordantes de la Ley de Derecho Civil de Galicia, distribuye sus bienes en la siguiente forma adjudicando a) A su hijo J. M. las siguientes fincas... b) A su hija R. las siguientes fincas...» (se describen cada una de las fincas adjudicadas de forma completa y dando un valor para cada una de ellas). Se hace un legado a su nieta doña N. R. I. de unas fincas que se describen también de forma completa y se valoran. Se dispone que «en el resto de los bienes de la herencia, si los hubiese, corresponderán a su hija M. R.». Por último, «declara ser su voluntad que se tenga en cuenta al efectuar el inventario y avalúo de la herencia, la finca que su hijo J. M. recibió, en donación, autorizada por...» (datos de protocolo). Se sustituyó a los herederos y legatarios nombrados por sus respectivos descendientes.

La finca objeto de este expediente –8.103– es de carácter ganancial de la causante. Según consta en el testamento de la causante, se adjudican a la heredera doña M. R. I. P. «todos los derechos que corresponden a la testadora en la finca... finca 8103...».

En la escritura de adjudicación parcial de herencia respecto de las fincas adjudicadas en el testamento a doña M. R. I. P., los comparecientes liquidan la sociedad de gananciales adjudicando la mitad indivisa de las fincas comunes al viudo y la otra mitad indivisa a la masa de la herencia; a continuación hacen adjudicación parcial de la herencia de la causante de la forma siguiente: la totalidad de la nuda propiedad de las fincas a la heredera Rosaura y el usufructo al viudo.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Padrón el día 19 de abril de 2016 y se volvió a presentar el día 7 de junio de 2016 causando la siguiente nota de calificación: «Calificado el documento precedente, de conformidad con los artículos 18

de la Ley Hipotecaria y 98 del Reglamento Hipotecario, escritura de partición parcial de herencia, autorizada por el Notario de Teo, Don Carlos Sebastián Lapido Alonso, el día 19 de abril de 2016, número de protocolo 418, se extiende la siguiente nota de calificación suspensiva, se extiende la siguiente nota de calificación suspensiva, con apoyo en los siguientes: Hechos: Se presenta telemáticamente, a las 18 horas y 38 minutos del día 19 de abril de 2016 (asiento 1.743 del diario 67), consolidándose el 23 de mayo, retirándose posteriormente y devolviéndose el 22 de junio, solicitándose calificación expresa. En dicha escritura se lleva a cabo la liquidación parcial de la sociedad de gananciales, entrega de legado y adjudicación parcial de herencia de la causante Dña. P. P. S.; solicitándose la inscripción de dichas operaciones con relación, únicamente, a la finca nº 1 del expositivo III sobre la que, además, se declaran dos edificaciones, y que es a la que se restringe esta calificación. Dicha finca figura inscrita en este registro, bajo el nº 8.103 del Ayuntamiento de Teo, con carácter ganancial a favor de dicha causante y su esposo. En la escritura constan incorporados, por testimonio, los documentos sucesorios de la causante, resultando de su testamento que lega a su esposo el usufructo universal y vitalicio de su herencia, realiza unos legados en favor de su nieta Dña. N. (hija de la hija de la causante: Dña. M. R.), instituye herederos universales a sus dos hijos: D. J. M. y Dña. M. R. y, en virtud de la facultad prevista en el artículo 1.056 del Código Civil y concordantes de la Ley del Derecho Civil de Galicia distribuye sus bienes entre sus hijos, adjudicando a su hija Dña. M. R., entre otros bienes, los derechos que correspondan a la testadora en la finca anteriormente indicada y en las edificaciones que en ella se contienen. En la cláusula sexta del testamento, la causante declara ser su voluntad que se tenga en cuenta, al efectuar el inventario y avalúo de la herencia, la finca que su hijo J. M. recibió en donación en la escritura que en el propio testamento se indica. No obstante, mientras que al otorgamiento de la escritura ahora calificada concurren el viudo, la hija y la nieta de la causante, antes indicados, no lo hace su otro hijo y heredero: D. J. M. Fundamentos de Derecho: De conformidad con los artículos 1.058, 1.069 y 1.392 y siguientes del Código Civil (CC); artículos 205 y siguientes y 273 y siguientes de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (LDCG); artículos 9, 14 y 20 de la Ley Hipotecaria (LH); artículos 51, 76 y siguientes del Reglamento Hipotecario (RH); las Sentencias del Tribunal Supremo (STS) de 21 de julio de 1986, 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990, 17 de febrero de 1992 y 23 de diciembre de 1993, 7 de noviembre de 1997, 31 de diciembre de 1998, 11 de mayo de 2000, 3 de junio de 2004, 10 de julio de 2005, 17 de octubre de 2006 y 10 de junio de 2010 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 2 de diciembre de 2003, 26 de febrero de 2005, 17 y 18 de enero, 20 y 23 de junio, 1 de octubre y 19 de noviembre de 2007, 6 de febrero de 2008, 2 de junio y 4 de julio de 2009, 1 de agosto, 12 de septiembre y 10 de diciembre de 2012, 11 de diciembre de 2013, 8 de enero y 26 de marzo de 2014 y 3 de marzo de 2015 es necesaria la concurrencia al otorgamiento de la escritura de partición parcial de herencia, objeto de esta nota, por parte del heredero que no lo hizo: D. J. M., por los siguientes fundamentos de derecho: –En primer lugar porque en la liquidación de la sociedad de gananciales debe intervenir el citado D. J. M. ya que dicha liquidación es una operación previa, independiente y distinta de la partición de la herencia del cónyuge fallecido, suponiendo, dicha liquidación, la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, y para la que es imprescindible el consentimiento del cónyuge sobreviviente y el de los herederos del fallecido (RDGRN de 2 de diciembre de 2003, 6 de febrero de 2005, 20 de julio 1 de octubre y 19 de noviembre de 2007, 6 de febrero de 2008, 26 de marzo de 2014), dada la naturaleza especial de la disuelta sociedad de gananciales, en cuya liquidación es necesario llevar a cabo una serie de operaciones que requieren la intervención de todos ellos, como son: el inventario del activo y pasivo de la sociedad (artículos 1.396, 1.397 y 1.398 CC), el avalúo y la determinación del haber líquido (artículos 1.399 a 1.403, 1.405 y 1.410 CC) y la división y adjudicación (artículos 1.404 y 1.406 y siguientes CC). Sólo después de tal liquidación es posible proceder a determinar el caudal hereditario partible y hacer inventario de los bienes del cónyuge fallecido. Efectivamente, así resulta de la doctrina del Tribunal Supremo respecto

de la naturaleza de los bienes de la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, a la que considera una comunidad («posmatrimonial» o «postganancial») sobre la antigua masa ganancial cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge superviviente y herederos del premuerto, en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fue otra) ostenta una cuota abstracta sobre el «totum» ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad posmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros (Sentencia de 7 de noviembre de 1997, que recoge doctrina ya mantenida en las Sentencias de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990, 17 de febrero de 1992 y 23 de diciembre de 1993, entre otras; con un criterio que ha sido reiterado en Sentencias posteriores como las de 11 de mayo de 2000, 3 de junio de 2004, 17 de octubre de 2006 y 10 de junio de 2010). También la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2005 determinó que, disuelta y no liquidada la sociedad ganancial, ya no son aplicables las normas del Código Civil sobre gestión y disposición de bienes gananciales, pero en cualquier caso, no puede uno solo de los cónyuges disponer de un bien perteneciente a esa comunidad postganancial sin el consentimiento del otro o, en su caso, el de sus herederos o causahabientes, remitiéndose a la Sentencia de 31 de diciembre de 1998 que estableció las consecuencias derivadas del tránsito de un régimen jurídico a otro como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales, al declarar que los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar una comunidad de bienes posmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales. Sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad posmatrimonial ambos cónyuges o, en su caso, el superviviente y los herederos del premuerto, ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado. En la misma línea, la DGRN ha reiterado (en, entre otras, las RDGRN de 17 y 18 de enero, 20 y 23 de junio, 1 de octubre y 19 de noviembre de 2007, 2 de junio y 4 de julio de 2009, 10 de diciembre de 2012 y 11 de diciembre de 2013, etc.) que no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa de todos y cada uno de los bienes que integran la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada y de la que puedan disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias. Por tanto, no cabe inventariar mitades indivisas de bienes, anteriormente gananciales, en el patrimonio del cónyuge superviviente y en la herencia del fallecido, sin la previa liquidación de la sociedad de gananciales en la que intervengan el cónyuge viudo y todos los herederos del fallecido. No es obstáculo a todo lo anterior, la previsión contenida en el artículo 207 LDCG, que señala que la disposición testamentaria en la que el causante lega o adjudica el derecho que le corresponde en un bien ganancial, se entenderá referida a la mitad indivisa del mismo cuando el cónyuge sobreviviente o sus herederos lo acepten, ya que esta es una norma relativa a la partición hereditaria que, únicamente, tendrá efectividad si el citado bien llega a figurar en un porcentaje igual o superior al 50% en el haber partible de dicho causante, tras la liquidación de la sociedad de gananciales en la forma expuesta, que como hemos visto es una operación necesariamente previa e independiente de la partición hereditaria, y tras las operaciones anteriores a la adjudicación de bienes en la partición hereditaria que se verán a continuación. –En segundo lugar, y a

pesar de que la causante otorgó un testamento particional también es necesario que concurra al otorgamiento de la escritura de partición el otro heredero, D. J. M., para completar el resto de operaciones particionales no llevadas a cabo por la causante. Se trata de una materia que fue resuelta por la STS de 21 de julio de 1986, respecto de un supuesto en que se realizó la partición por el testador pero faltando algunas operaciones particionales, pues no se practicó «la liquidación formal de la herencia que implica el inventario de los bienes, derechos y deudas» y se alegaba que el artículo 1.068 CC exige que se trate de «partición legalmente hecha». La citada Sentencia dice que esta alegación no puede prosperar «pues si el artículo 1.056 admite como una de las posibles formas de hacer la partición la que de sus propios bienes realice el testador y a la que atribuye fuerza vinculante —«se pasará por ella» dice el precepto—, es indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas o partidores, es decir, sus efectos son los de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1.075, en relación con el 1.056, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presume que fue otra la voluntad del testador y sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde el momento de la muerte del testador». Por tanto, la citada sentencia considera que la partición de testador puede omitir alguna de las clásicas operaciones de otras clases de particiones, pero al propio tiempo advierte que ello es «sin perjuicio de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad». En este sentido la DGRN en sus resoluciones de 1 de agosto y 12 de septiembre de 2012, 8 de enero de 2014 y 3 de marzo de 2015, han señalado que, tratándose de varios herederos, a efectos registrales se exige, para que la partición tenga plena virtualidad como título inscribible, que deben completarse por todos los ellos las operaciones particionales omitidas por el testador. Así, en este caso sería necesaria su intervención para llevar a cabo el inventario y avalúo definitivos de la herencia ya que la causante, en la cláusula sexta de su testamento, se remite, expresamente, al posterior inventario y avalúo que se realice, al efecto de señalar que habrá de tenerse en cuenta en los mismos la finca que en vida donó a su hijo D. J. M. Pero, además, en las citadas resoluciones la DGRN también establecen que, habiendo varios herederos, en la operación de liquidación, y antes de proceder a las adjudicaciones, ha de quedar perfectamente clarificada la posición de cada uno de ellos respecto de las deudas hereditarias, al señalar que: «Es cierto que el testador no pudo realizar la operación de liquidación, pues no era el momento adecuado. Pero al menos ha de aclararse qué sucede con las deudas y concretamente si existen o no, y caso de existir, quiénes han aceptado la herencia y si lo han hecho pura y simplemente o a beneficio de inventario, pues según un conocido aforismo «antes es pagar que heredar», cuyo significado no es que no se adquiera el título de heredero antes del pago de las deudas, sino que mal se pueden repartir los bienes, sin antes pagar las deudas, que son imprescindibles para la entrega de legados, pero también para que los herederos reciban los bienes que les corresponden. En todo caso, habrían de intervenir todos los herederos para manifestar lo que proceda respecto a la existencia o no de deudas de la herencia, como operación complementaria de las realizadas por el causante, que es necesaria para la plena virtualidad de la partición a efectos registrales. Sólo si se acreditara que no existen deudas o las asumiera exclusivamente uno de los herederos, podría decirse que no hay perjuicio para los demás herederos cuando unos pretenden adjudicarse los bienes distribuidos por el causante.» En Padrón, a 30 de junio de 2016 El registrador de la Propiedad Fdo.: Luis Antonio Gallego Fernández».

III

El día 29 de julio de 2016, don Carlos Lapido Alonso, notario de Teo, interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente: «(...) a.—Estamos en presencia de un testamento particional, que con arreglo al 1056 del código civil, «se pasará por ella en cuanto no afecte a la legítima de los herederos forzosos». Bastaría para inscribir a favor de la heredera doña M. los bienes adjudicados, ya que resulta clara la voluntad de la testadora en ese sentido, la descripción de los bienes y si, atendemos a la interpretación conjunta y sistemática del testamento (clausula segunda y cuarta) (artículo 675 CC), lo que nos lleva a pensar que quiso distribuir los bienes entre los dos herederos, y que quedase claro que la voluntad de la testadora era, que fuera heredera su hija M., ya que le da el resto de los bienes, si los hubiera; y a su otro hijo J. M. como legatario (artículo 768 CC). 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». Y según la STS 9 de marzo de 1993, «en la actualidad, de acuerdo con la doctrina científica mayoritaria, no puede atribuirse al artículo 768 CC un carácter imperativo, sino interpretativo, ofreciéndose en él criterios hermenéuticos que ha de utilizar el juzgador en su tarea de búsqueda de la verdadera voluntad del testador, cuando para ello no sea bastante el sentido literal de la disposición testamentaria; dicho precepto tiene, por otra parte, carácter presuntivo en cuanto en él, se contiene una presunción «iuris tantum» en virtud de la cual si a una persona se le deja una cosa determinada, se ha de entender como voluntad del testador la de que esa persona le suceda en la herencia como legatario, aunque en la institución se le designe como heredero». b.—A ello hay que añadir la Ley de Derecho Civil de Galicia, artículo 273 (LDCG) que dice «que el testador podrá hacer la partición de su herencia o realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, sin perjuicio de las legítimas». Ni exige que la partición sea total ni que se liquide previamente la sociedad de gananciales, como confirma el artículo 278, que solo exige la concurrencia del cónyuge viudo y de los herederos. 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). 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). c.—Que la verdadera y propia partición requiere señalamiento, ya sea expreso o tácito, de cuotas hereditarias abstractas, y luego asignación de todos o la mayor parte de los bienes y derechos del testador. En este caso, los bienes atribuidos pasan directamente a los beneficiarios de los bienes, mencionados por el testador y ello ex artículo 1068 CC y STS de 21 de julio de 1986. d.—En la STS citada por el Sr. Registrador, del 21 de julio de 1986, el alto tribunal admite, sin liquidar la sociedad de gananciales, como verdadera partición la realizada sin la concurrencia de algunos herederos por considerar, en el supuesto concreto, que no era necesaria. Pero es que además, en este caso, la liquidación de la sociedad de gananciales está hecha con la concurrencia del cónyuge viudo y del único heredero, adjudicatario del bien, según testamento particional. Don J. M. nunca llegó a tener ningún derecho sobre la finca, ya que la posesión del bien corresponde, según testamento, al viudo usufructuario. Y en cuanto a su legítima, está cubierta no solo con la donación en vida, a la que se refiere el testamento sino también a la posibilidad de que ejercite la acción del 1075 CC y del artículo 240 LDCG, ya que en Galicia, el legitimario es tan solo un acreedor de la herencia. Hay que tener en cuenta que existe una presunción favorable a la eficacia de la partición hecha por el testador y, además, la RDGRN de 16 de diciembre de 1922, dice que no puede exigirse una demostración, a priori, de que la partición del testador no perjudica los derechos de los legitimarios. e.—En la RDGRN de 22 de noviembre de 1980, al resolver un tema arancelario, dice «que no hay partición pese a

la referencia en el testamento al artículo 1056 CC, al no describirse ni valorar los bienes, no hacerse referencia a la titulación, ni a la situación registral». En nuestro caso el testador quiso, no solo separar e individualizar las fincas para distinguirlas las unas de las otras, sino que introdujo las referencias registrales de las inscritas y las referencias catastrales de las no inscritas, para poder lograr la inscripción en el futuro de las mismas».

IV

Mediante escrito, de fecha 9 de agosto de 2016, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 768, 1056, 1058, 1068, 1.069, 1075, 1380 y 1392 y siguientes del Código Civil; 205 y siguientes y 273 y siguientes de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; 9, 14 y 20 de la Ley Hipotecaria; 51, 76 y siguientes del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986, 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990, 17 de febrero de 1992, 9 de marzo y 23 de diciembre de 1993, 7 de noviembre de 1997, 31 de diciembre de 1998, 11 de mayo de 2000, 3 de junio de 2004, 10 de julio de 2005, 17 de octubre de 2006 y 10 de junio de 2010, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 2003, 26 de febrero de 2005, 17 y 18 de enero, 20 y 23 de junio, 1 de octubre y 19 de noviembre de 2007, 6 de febrero de 2008, 2 de junio y 4 de julio de 2009, 1 de agosto, 12 de septiembre y 10 de diciembre de 2012, 11 de diciembre de 2013, 8 de enero y 26 de marzo de 2014, 3 de marzo de 2015 y 5 de abril, 5 de julio y 22 de julio de 2016.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación parcial de herencia y entrega de legado en la que concurren las circunstancias siguientes: no concurre al otorgamiento de la escritura uno de los herederos que es hijo de la causante; en el testamento de la causante «instituye herederos universales a sus hijos J. M. y M. R., y en virtud de la facultad que le otorga el artículo 1056 del Código Civil y concordantes de la Ley de Derecho Civil de Galicia, distribuye sus bienes en la siguiente forma adjudicando a) A su hijo J. M. las siguientes fincas... b) A su hija R. las siguientes fincas...» (se describen cada una de las fincas adjudicadas de forma completa y dando un valor para cada una de ellas). Se hace un legado a su nieta doña N. R. I., de unas fincas que se describen también de forma completa y se valoran. Se dispone que «en el resto de los bienes de la herencia, si los hubiese, corresponderán a su hija M. R.». Por último, «declara ser su voluntad que se tenga en cuenta al efectuar el inventario y avalúo de la herencia, la finca que su hijo J. M. recibió, en donación, autorizada por...» (se facilitan los datos de protocolo). En el testamento se adjudica a la heredera doña M. R. I. P. «todos los derechos que corresponden a la testadora en la finca...».

El registrador señala dos defectos: que en la liquidación de la sociedad de gananciales debe intervenir el heredero que no ha comparecido ya que dicha liquidación es una operación previa, independiente y distinta de la partición de la herencia del cónyuge fallecido, suponiendo, dicha liquidación, la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, y para la que es imprescindible el consentimiento del cónyuge sobreviviente y el de los herederos del fallecido; que a pesar de que la causante otorgó un testamento particional también es necesario que concurra al otorgamiento de la escritura de partición el otro heredero, para completar el resto de operaciones particionales no llevadas a cabo por la causante.

El notario recurrente alega que es preciso hacer una interpretación conjunta y sistemática del testamento, según la cual, la testadora hizo la partición en el testamento, hace una distribución de la mayor parte de los bienes y designa como heredera en los que quedaren a su hija doña M. R. I. P.; que conforme la Ley de Derecho Civil de Galicia, el testador podrá hacer la partición de su herencia o realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, sin perjuicio de las legítimas y no se exige que la partición sea

total ni que se liquide previamente la sociedad de gananciales, por lo que solo exige la concurrencia del cónyuge viudo y de los herederos; que en la partición del testador se ha hecho señalamiento de la mayor parte de los bienes de la herencia; que además se identificaron con precisión por mención de sus referencias catastrales y datos registrales, lo que indica una voluntad de hacer la partición para que por sí sola se inscriba sin necesidad de documento posterior.

2. En primer lugar, 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.

Señala el artículo 1056 del Código Civil que «cuando el testador hiciere por actos entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos». La Ley de Derecho Foral de Galicia, también recoge en su artículo 273 los mismos principios: «El testador podrá hacer la partición de la herencia o realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, sin perjuicio de las legítimas».

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo («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 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, la 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.

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 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».

El derecho gallego recoge expresamente esta distinción, al regular en distintos artículos la partición por el testador o la realización de adjudicaciones de bienes concretos, y esta última como hipótesis distinta de la primera, lo que también puede ser relevante – artículo 273 de la Ley de derecho civil de Galicia–, y las disposiciones particulares sobre

la partición de herencia (artículo 275 de la Ley de derecho civil de Galicia), lo que implica un reconocimiento legal de la distinta eficacia de ambas clases de disposiciones.

3. Este Centro Directivo también se ha pronunciado, en Resolución de 1 de agosto de 2012, que ha sido reiterada por muchas posteriores («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».

4. Centrados en el objeto de este expediente, se menciona literalmente en el testamento que «instituye herederos universales a sus hijos don J. M. y doña M. R., y en virtud de la facultad que le otorga el artículo 1056 del Código Civil y concordantes de la Ley de Derecho Civil de Galicia, distribuye sus bienes en la siguiente forma adjudicando: a) A su hijo J. M. las siguientes fincas (...) b) A su hija R. las siguientes fincas (...)» (se describen cada una de las fincas adjudicadas de forma completa y dando un valor para cada una de ellas). Se dispone que «en el resto de los bienes de la herencia, si los hubiese, corresponderán a su hija M. R.». Por último, «declara ser su voluntad que se tenga en cuenta al efectuar el inventario y avalúo de la herencia, la finca que su hijo J. M. recibió, en donación, autorizada por.....».

Ciertamente en el testamento hay una institución de herederos a favor de los hijos de la causante. También lo es que en el testamento se formula una partición hecha por el testador y en la que concurren todas y cada una de las fases de inventario, avalúo, y adjudicación de bienes. Solo falta la liquidación pero como reconoce el registrador, es cierto que esa no puede verificarse sino hasta la apertura de la sucesión ya que no se conocen hasta ese momento la totalidad de las deudas líquidas. Incluso en disposición final del testamento, se hace una adjudicación de los bienes que quedaran sin incluir en el inventario, a favor de la hija doña M. R. I. P. En consecuencia, existe una partición realizada por el testador en los términos del artículo 1056 del Código Civil y se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos.

5. Así pues, sentado que se trata de un testamento particional, lo que no se objeta por el registrador, hay que determinar si es necesaria la concurrencia de todos los herederos para el otorgamiento de la escritura. En principio, los términos del artículo 1056 del Código Civil no la exige —se pasará por ella en cuanto...— si bien fundamenta el registrador que es necesaria al no haberse completado las operaciones particionales, pero como ha dicho este Centro Directivo («Vistos»), la duda sobre si se está en presencia o no de una verdadera partición testamentaria se nos presenta cuando el testador distribuye los bienes entre los herederos sin practicar todas las operaciones que normalmente entraña la partición. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986 lo resuelve en sentido afirmativo. Así pues, conforme esta jurisprudencia, cabe el reparto de los bienes sin formalizar de forma completa el inventario ni practicar la liquidación, de manera que en el supuesto de esa Sentencia nos encontrábamos ante una verdadera partición, de forma que el artículo 1068 del Código Civil es aplicable a ese caso «sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se

haya verificado como efecto de la partición desde la muerte del testador». Siendo que se cumplen todas las fases de la partición, debe revocarse el segundo defecto señalado en la calificación.

6. La segunda cuestión, recogida como primer defecto en la calificación, es la de adjudicar en la partición hecha en el testamento, bienes de carácter ganancial previa la liquidación de la sociedad conyugal. En definitiva y como sostiene el registrador, dicha liquidación es una operación previa, independiente y distinta de la partición de la herencia del cónyuge fallecido, suponiendo, dicha liquidación, la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, y para la que es imprescindible el consentimiento del cónyuge sobreviviente y el de los herederos del fallecido dada la naturaleza especial de la disuelta sociedad de gananciales, en cuya liquidación es necesario llevar a cabo una serie de operaciones que requieren la intervención de todos ellos; estas son el inventario del activo y pasivo de la sociedad (artículos 1396, 1397 y 1398 del Código Civil), el avalúo y la determinación del haber líquido (artículos 1399 a 1403, 1405 y 1410 del Código Civil) y la división y adjudicación (artículos 1404 y 1406 y siguientes del Código Civil). Sólo después de tal liquidación es posible proceder a determinar el caudal hereditario partible y hacer inventario de los bienes del cónyuge fallecido.

Pero hay que recordar a efectos de este expediente, que tratándose de una sucesión de causante aforado 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.

Además, 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 (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.

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, «1º cuando el cónyuge sobreviviente o sus herederos lo acepten» o «si ambos cónyuges hubieran realizado la disposición de forma coincidente y ambas herencia 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.

7. Centrados en el supuesto de este expediente, tenemos que en el testamento se adjudican a la heredera «todos los derechos que corresponden a la testadora en la finca...». En consecuencia nos encontramos en el caso de adjudicación del derecho que corresponde a la testadora en un bien ganancial y el efecto es el de que se entiende referida a la mitad de su valor y siendo que presta su consentimiento el cónyuge superviviente, a la mitad indivisa de la finca.

Ciertamente que intervienen en esa liquidación el viudo y la heredera adjudicataria del resto de los bienes, pero no concurre el otro heredero, que aun cuando no es adjudicatario de los bienes que ahora se inventarían en la escritura objeto del expediente, tiene ciertos intereses dignos de protección tales como determinación de haberes líquidos que resultan del avalúo de los bienes gananciales, y la coordinación de créditos y débitos entre bienes privativos y comunes. Pero hay que tener en cuenta que en el testamento se hace una adjudicación final de los bienes que restaran a favor de su hija doña M. R. I. P., por lo que esta asumiría el resultado negativo de esa coordinación de créditos-deudas. 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 superviviente o sus herederos.

Ocurre, que de esta forma se ha liquidado la sociedad de gananciales, esto es, la mitad indivisa al viudo y la otra mitad indivisa de la finca a la herencia parcial de doña M. R. I. P., a lo que consiente el viudo. Por lo tanto concurriendo este consentimiento del superviviente, reúne la exigencia del artículo 207: «No obstante, la disposición se entenderá referida a la mitad indivisa del bien. 1º Cuando el cónyuge sobreviviente o sus herederos lo acepten». Otra cosa es que posteriormente, dueños proindiviso de la finca el viudo y la hija heredera, hayan liquidado su comunidad en la forma que hayan tenido por conveniente.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación.

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

Madrid, 26 de octubre de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego