

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11848 *Resolución de 22 de septiembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Córdoba n.º 7, por la que se suspende la inscripción de una escritura de herencia.*

En el recurso interpuesto por don M. L. H. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Córdoba número 7, doña Marta Albert Sánchez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Córdoba, don Miguel de Lara Pérez, el día 18 de diciembre de 2015, con el número 998 de protocolo, se otorgaron las operaciones particionales de la herencia causada por el óbito de doña M. D. D. H., fallecida el día 6 de mayo de 2015, en las que intervinieron presentes o representados los hijos, doña M. D. y don M. L. H., además de don J. B. D. como defensor judicial del viudo don M. L. G., declarado incapaz. Solo no interviene otra hija, llamada doña M. P. L. H. En el último testamento de la causante, de fecha 4 de junio de 2014, ante el mismo notario, la testadora legó a su esposo la cuota legal usufructuaria que en derecho le corresponde, lega a su hija doña M. P. L. H. la legítima estricta, «ordenando la testadora que el pago de la misma se realice en efectivo», y en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones instituye herederos por partes iguales a sus citados hijos don M. y doña M. D. L. H., sustituidos por sus descendientes. En la escritura referida, consta que se procedió, por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Córdoba, a nombramiento de defensor judicial del viudo, don M. L. G., por cuanto es persona con capacidad jurídica modificada y su tutor es uno de sus hijos. De éste resulta el nombramiento, el día 18 de septiembre de 2015, y la aceptación de don J. B. D., el día 18 de noviembre de 2015, como defensor judicial de don M. L. G., de la cual resulta lo siguiente: «(...) quien deberá rendir cuantas de su gestión al Juzgado, una vez concluida, sin perjuicio de la necesidad de obtener aprobación judicial conforme el art. 1060.2 C.C.». También acompaña auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Córdoba, de fecha 29 de enero de 2016, solicitando la aprobación judicial de la partición realizada, dado que uno de los interesados estaba representado por un defensor judicial, de cuyo fallo resulta lo siguiente: «Que debo acordar y acuerdo aprobar judicialmente la escritura de liquidación de sociedad de gananciales, aceptación y adjudicación de herencia, otorgada el día 18 de diciembre de 2.015, ante el Notario D. Miguel De Lara Pérez, con número de protocolo 998». En este auto, no se menciona en los hechos ni en los fundamentos, alusión alguna al pago de la legítima en metálico, ni si ha intervenido ni si ha sido citada la legitimaria.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Córdoba número 7, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Marta Albert Sánchez, Registradora de la Propiedad, del Registro Número 7 de Córdoba, ha calificado negativamente el documento que se reseña en los «hechos» de acuerdo con lo previsto en el artículo 19-bis de la Ley Hipotecaria, con arreglo a los siguientes «Hechos» y «Fundamentos de Derecho»: Hechos: El día 23 de mayo de 2017 se presenta nuevamente, a las 10,30 horas, una copia autorizada de la escritura de herencia otorgada en Córdoba el día 18 de diciembre de 2015

ante su Notario Don Miguel de Lara Pérez, protocolo 998, asiento de presentación 492, diario 94, en la cual se pretende la inscripción de la herencia de Doña M. D. H. R., titular de la finca registral número 2.015 de este Registro. En la escritura objeto de calificación se procede a practicar la partición de herencia de Doña M. D. H. R. Se incorporan certificados de defunción y última voluntad de dicha Señora, así como certificación catastral, descriptiva y gráfica. Se transcribe íntegramente el testamento de Doña M. D. H. R. otorgado ante el Notario Don Miguel de Lara Pérez en Córdoba el día 4 de junio de 2.014, protocolo 438. Respecto al título calificado, y solo en cuanto a la finca registral número 2.015, descrita en el apartado 10º del Inventario, única radicante en la demarcación de este Registro, son relevantes para el siguiente caso los siguientes datos: el causante de la herencia, Doña M. D. H. R., falleció en Córdoba, siendo de vecindad civil común. En su testamento, por el que se ha de regir la sucesión, manifiesta tener dos [sic] hijos y hace las siguientes disposiciones: Lega a su esposo Don M. L. G., la cuota legal usufructuaria, por la cláusula segunda, legó a su hija Doña M. P. L. H., la legítima estricta, ordenando la testadora que el pago de la misma se realice en efectivo, y por la cláusula tercera, instituyó herederos en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones a sus citados hijos M. y M. D. L. H. En la escritura ahora presentada comparecen el hijo Don M. L. H., por sí, y como mandatario verbal de su hermana, Doña M. D. L. H., cuya escritura de ratificación se acompaña, y además comparece Don J. B. D., en nombre y representación como defensor judicial de Don M. L. G., quienes aceptan la herencia y aprueban las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y división, incluida la sociedad conyugal, contenidas en la finca registral 2015. Fundamentos de Derecho: El Artículo 18 de la Ley Hipotecaria establece: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». Dado que la causante tenía vecindad civil común en el momento del fallecimiento, según se hace constar en la escritura calificada, su sucesión debe regirse por el Derecho común. Así resulta del artículo 9.8 del Código Civil al que se remite el artículo 16.1 del mismo Cuerpo legal. El citado artículo 9.8 del Código Civil establece que la sucesión por causa de la muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. Consiguientemente habrá que estar al Derecho común en cuanto a la necesidad de la intervención de los legitimarios en la partición, aun cuando se les haya legado la legítima estricta y ordenando el testador que la misma se satisfaga en metálico. Y para sucesiones mortis causa recogidas en el Derecho Común de dicha intervención de los legitimarios viene exigida reiteradamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado, por ejemplo en Resoluciones de 18 de abril de 2000; 20 de octubre de 2001; 1 de marzo de 2006; 23 de febrero de 2007; 20 de junio de 2008 ó 17 de octubre de 2008. Baste citar la Resolución de 17 de octubre de 2008, que dice al respecto: «El primero de los defectos, consistente en la falta de intervención de los legitimarios, ha de ser mantenido, puesto que, como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (vid. resoluciones citadas en el 'vistos'), la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para la liquidación y partición de la herencia (art. 1057.1 del Código Civil), de las que resulta que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una 'pars bonorum', y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o pars valoris bonorum. De ahí que se imponga la Intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima». En la actualidad es pacífica, en doctrina y jurisprudencia, la consideración de la legítima como una pars bonorum o en su caso pars hereditatis, Claramente resulta así de los preceptos

citados en el apartado «Vistos», incluso en los relativos al pago en dinero de la legítima, que exigen la conformidad -y ello con la concurrencia- de todos los interesados en la sucesión a fin de establecer la valoración de la parte reservada (artículo 847). También, el previo acuerdo de todos los hijos o descendientes -acreedor y deudores- en que se modifique la entrega de bienes por un derecho de crédito a abonar en la forma y plazos que en la norma se establecen. Por lo tanto, permanece íntegra la dicción del Código Civil al disponer en su artículo 806 «legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» con independencia de la percepción en la sociedad de este diseño legal. En la jurisprudencia, el Tribunal Supremo conceptúa la legítima como una «pars hereditatis», en cuanto los herederos son cotitulares directos del activo hereditario. No cabe su exclusión de los bienes hereditarios salvo supuestos excepcionales y en los términos de conformidad expresados. La Sentencia de 8 de mayo de 1989, en la estela de pronunciamientos anteriores, dice que la legítima es cuenta herencial y ha de ser abonada, precisamente, con bienes de la herencia, dado que los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales (artículos 829, 838 y 840 y párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil) e incluso, en tal caso, sujetos a su regla especial. Por su parte, este Centro Directivo en Resolución de 13 de junio de 2013, así como en otras anteriores citadas en el apartado «Vistos», señala que la especial cualidad del legitimario, caso de que exista en la sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de la herencia (artículo 1.057.1 del Código Civil). En consecuencia se hace imprescindible intervención de los legitimarios, en defecto de contador-partidor que, pese a las circunstancias concurrentes no fue designado por el testador ni consta la existencia de contador-partidor dativo. Vistos los artículos 9.8, 806, 807, 813, 815, 817, 818, 821, 826, 841, 842, 843, 857, 863 y 1.035 del Código Civil; 15 de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 31 de enero de 1970; 8 de mayo de 1989; 26 de abril de 1997, y 3 de junio de 2014; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, de 20 de octubre de 2001; 1 de marzo de 2006; 25 de febrero y 17 de octubre de 2008; 9 de marzo de 2009, y 13 de junio de 2013, Resolución de 15 de septiembre de 2014. Se suspende la inscripción del título objeto de calificación por el defecto subsanable de falta de intervención de los legitimarios en la partición. Esta nota de calificación negativa, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, lleva consigo la prórroga automática del asiento de presentación por un plazo de 60 días contados desde la fecha de la notificación a que se refiere el artículo 322 de la L.H. Contra la presente nota de calificación (...) Córdoba, seis de junio de dos mil diecisiete. La Registradora (firma ilegible), Marta Albert Sánchez».

III

Contra la anterior nota de calificación, don M. L. H. interpuso recurso el día 29 de junio de 2017 en el que, en síntesis, alega lo siguiente: Primero.—Que, de la lectura y calificación de todos los documentos complementarios a la escritura, resulta y se deduce que la falta de comparecencia de la legitimaria puede ser suplida por la aprobación judicial de la citada escritura de partición. No se trata de una escritura de partición en la que falta la comparecencia de un legitimario -lo que es conocido por el recurrente: la necesidad de tal comparecencia sin la cual no cabe la inscripción-, sino que se trata de una partición que precisa de aprobación judicial y una vez prestada ésta, queda suplida la necesidad de tal comparecencia; Segundo.—Que en el testamento de la causante se ha ordenado que el pago de la legítima se realice en efectivo, lo que indica que la causante ha utilizado la posibilidad legal que concede el artículo 841 del Código Civil. De esta manera, el artículo 843 del Código Civil establece que salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes en la partición, se requerirá la aprobación por el secretario judicial o por el notario (redactado conforme la Ley 15/2015, de 2 de julio, sobre la Jurisdicción Voluntaria). En la escritura se acompañan los autos judiciales correspondientes de los que resulta que

se ha aprobado la partición. Ya que la aprobación judicial es preceptiva, tanto en uno como otro supuesto -partición en la que interviene defensor judicial como partición en la que se paga la legítima en efectivo-, y dado que en el «dispongo del auto» no se aprueba más que «judicialmente la escritura de liquidación de sociedad de gananciales, aceptación y adjudicación de herencia», debe servir como decisiva aprobación judicial de la escritura, lo que no se ha tenido en cuenta por la registradora, y Tercero.—Que, conforme el artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario, en los dos supuestos de las adjudicaciones contenidas en el mismo, al documento en que conste la aceptación del adjudicatario o adjudicatarios deberá acompañar el que se acredite la confirmación de los demás interesados o la aprobación judicial. Acompañando esa aprobación judicial, no hay motivo para exigir otra, ya que los artículos 843 del Código Civil y 80 del Reglamento Hipotecario son congruentes entre sí y regulan la situación prevista en esta herencia. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de julio de 2016 recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012 según la cual, conforme el principio de tutela o salvaguardia de la intangibilidad material de la legítima, el propio artículo 843 del Código Civil requiere la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes respecto de la liquidación y adjudicación de la partición practicada y, en caso contrario, será necesaria la aprobación judicial.

IV

Mediante escrito, de fecha 11 de julio de 2017, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Mediante escrito, de fecha 16 de agosto de 2017, fue notificado el recurso interpuesto al notario archivero, como sustituto en el protocolo del notario autorizante, ya que éste había cesado en su función por pasar a la edad reglamentaria, todo a los efectos de realizar las alegaciones que se estimasen oportunas y, hasta la fecha, no se ha recibido ninguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 816, 841 y siguientes, en especial el 843 conforme la redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, 1056 y siguientes y 1060 del Código Civil; 61, 64 y 93 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 66 de la Ley del Notariado; 80 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989 y 18 de julio y 22 de octubre de 2012, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de marzo de 2006, 25 de febrero y 17 de octubre de 2008, 6 de marzo de 2012, 13 de junio de 2013, 28 de febrero, 10 de abril y 15 de septiembre de 2014, 13 de febrero de 2015 y 18 de julio de 2016 (1ª).

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: se ha instituido herederos a dos de los hijos, se lega la cuota usufructuaria al viudo y se lega la legítima estricta a una tercera hija «ordenando la testadora que el pago de la misma se realice en efectivo»; en la escritura de partición no interviene la legitimaria de cuota estricta; el viudo está incapacitado y es representado por un defensor judicial nombrado por el juez, y en el nombramiento determina: «(...) quien deberá rendir cuantas de su gestión al Juzgado, una vez concluida, sin perjuicio de la necesidad de obtener aprobación judicial conforme el art. 1060.2 C.C.», y en consecuencia, la partición ha sido aprobada por el Juzgado.

La registradora señala como defecto que falta la intervención de uno de los legitimarios en la partición.

El recurrente alega que dado que se trata de una partición en la que se paga la legítima en metálico, requiere de acuerdo con el 843 del Código Civil, o bien la conformidad de los legitimarios o bien la aprobación judicial; que en este supuesto se acompaña una aprobación judicial de la partición, que al haber sido solicitada por razón de la intervención de un defensor judicial, y puesto que de la disposición en el auto aportado resulta la

aprobación del Juzgado, entiende el recurrente que «debe servir como decisiva aprobación judicial de la escritura».

Así pues, del expediente resultan tres cuestiones que se deben tratar: la necesaria intervención de todos los legitimarios en la partición; la facultad de pago de la legítima en metálico y sus requisitos legales; y la de si la aprobación de una partición realizada por un defensor judicial nombrado puede servir para cumplir la exigencia en su caso de la aprobación exigida a falta de consentimiento de los legitimarios en la partición con facultad de pago de la legítima en metálico.

2. Como ha reiterado este Centro Directivo, la necesaria intervención del legitimario, se recoge entre muchas otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989, que reconoce las acciones que corresponden a los legitimarios: se reduce en determinar si cabe la posibilidad de ejercicio por uno o varios herederos forzosos, de la acción de complemento de la legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario y por tanto, antes de conocerse a cuánto asciende el importe de la legítima estricta correspondiente a cada heredero, por lo que se puede producir una infracción del artículo 818 del Código Civil en relación con el 657 del Código Civil y aplicación indebida de los artículos 1075 y 1079 en relación con los artículos 1056 y 818. Incluso tratándose de partición hecha por contadores-partidores, en la ejecución de la misma, será «cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global... han percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta». Así pues, no es posible ejercer las acciones de rescisión o de complemento en su caso sino hasta saber el montante del «quantum» o valor pecuniario que por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento y fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con la deducción de las deudas y de las cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del Código Civil, lo que permite la práctica de las pertinentes operaciones particionales.

3. Esta doctrina ha sido reiterada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Resolución de 1 de marzo de 2006 y muchas otras (vid. «Vistos»), en las que se recoge la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, lo que hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (artículo 1057.1 del Código Civil), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una «pars bonorum», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «pars valoris bonorum». De ahí, que en este supuesto, en que la legítima se paga con un legado de cuota -de su legítima estricta-, se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima. Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados (vid. Resoluciones de 25 de febrero de 2008, 9 de marzo de 2009, 6 de marzo de 2012 y 12 y 16 de junio y 4 de julio de 2014).

No cabe dejar al legitimario la defensa de su derecho a expensas de unas «acciones de rescisión o resarcimiento» o la vía declarativa para reclamar derechos hereditarios y el complemento de la legítima, ejercitables tras la partición hecha y consumada, lo que puede convertir la naturaleza de la legítima de Derecho común, que por reiteradísima doctrina y jurisprudencia es «pars bonorum», en otra muy distinta («pars valoris»), lo que haría que el legitimario perdiese la posibilidad de exigir que sus derechos aun cuando sean reducidos a la legítima estricta y corta, le fueran entregados con bienes de la herencia y no otros. Y esta doctrina se aplicará aun cuando se haya citado a los legitimarios fehacientemente y no hayan comparecido, ya que conforme reiterada doctrina de este Centro Directivo, la

circunstancia de citación a los legitimarios para formación del inventario, no altera la necesidad de su consentimiento.

Así pues, no habiendo partición hecha por el testador ni contador-partidor designado, y pagándose la legítima mediante un legado de cuota, no es posible ejercer las acciones de rescisión o de complemento en su caso sino hasta saber el montante del «quantum» o valor pecuniario que por legítima estricta corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento y fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte de la testadora, con la deducción de las deudas y de las cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del Código Civil, lo que permite la práctica de las pertinentes operaciones particionales.

4. Alega el recurrente que se trata de una facultad de pago de la legítima en metálico, y en este punto, esta misma doctrina ha sido mantenida en la Resolución de 15 de septiembre de 2014 para un caso análogo, de pago en dinero de la legítima, conforme a los preceptos legales que exigen la conformidad expresa de todos los interesados en la sucesión a fin de establecer la valoración de la parte reservada (artículos 843 y 847 del Código Civil) y en su defecto la aprobación judicial. Posteriormente, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la de Jurisdicción Voluntaria, ha dado nueva redacción al artículo 843: «Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación por el Secretario judicial o Notario».

La facultad del pago de la legítima en metálico recogida en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, fue introducida en la reforma de 13 de mayo de 1981, y según la doctrina y la jurisprudencia (vid. «Vistos»), consiste en conceder a alguno o algunos de los descendientes del testador, o al contador-partidor expresamente autorizado por aquél, la posibilidad de conmutar la porción legitimaria de los demás por un caudal que se pagará en efectivo metálico. Como regla general la legítima en el derecho común se configura como «pars bonorum» (así lo ha entendido la Dirección General de los Registros y del Notariado -vid. «Vistos»-) o como «pars hereditatis» (jurisprudencia en los «Vistos») lo que implica, en palabras del Alto Tribunal que la legítima es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios. Es decir, como ha reiterado este Centro Directivo, que la naturaleza de la legítima como «pars bonorum» atribuye al legitimario el derecho a una porción del haber hereditario que debe ser pagada en bienes de la herencia.

Así pues, ante la regla general, el artículo 841 del Código Civil supone una importante excepción, ya que permite, si así lo establece expresamente el testador, a uno o algunos de los descendientes, o al contador-partidor, en lugar de pagar la legítima de los demás legitimarios con bienes de la herencia, como es ordinariamente obligatorio, conmutar su cuota por un caudal que se pagará en efectivo metálico. Pero en cualquier caso, la partición así realizada exige la confirmación de los legitimarios o la aprobación del notario o del letrado de la Administración de Justicia.

5. Hay que determinar en primer lugar si nos encontramos ante una facultad de pago de la legítima en metálico concedida por los artículos 841 y siguientes del Código Civil. En el testamento de la causante, se instituye herederos a dos de los hijos y se «lega a su hija M. P. L. H., la legítima estricta, ordenando la testadora que el pago de la misma se realice en efectivo».

Ciertamente, para que la partición del contador se sujete a lo establecido en los artículos 841 y siguientes es preciso que la autorización del testador se refiera al artículo 841, ya sea invocándolo numeralmente o bien refiriéndola al supuesto en él previsto, con sus propias palabras o con otras cualesquiera con sentido equivalente, aunque técnicamente sean impropias o incorrectas, o simplemente de significado distinto si por su sentido resulta indudable la intención del testador de conferir una autorización que encaje con el supuesto del artículo 841. Así lo será en los casos en que el testador designe heredero universal a uno de los descendientes legitimarios o a varios, y legue a los demás legitimarios y

mejorados la compensación que, para satisfacer sus respectivas legítimas, el instituido o los instituidos deban abonarles en metálico.

En el supuesto de este expediente, más que una facultad de pago de legítima en metálico, lo que ha dispuesto la testadora es una orden, y aunque en puridad se pague la legítima en metálico, los herederos que deben hacerlo carecen de elección y deben cumplir la voluntad de la testadora. Pero esto no debe impedir que la legitimaria tenga sus garantías y protección legal en los mismos términos que la facultad del 841 del Código Civil.

Como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de octubre de 2012, la posibilidad del pago de las legítimas en metálico, según artículos 841 a 847 del Código Civil, «se establece, también, conforme al cumplimiento de unos requisitos o condicionantes que tienen, como finalidad última, velar por la neutralidad, seguridad y equilibrio de la conmutación operada en el pago de la legítima, de forma que su mera aplicación no resulte perjudicial para los intereses de los legitimarios». Y añade el Alto Tribunal que «(...) conforme a la tutela o salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima, el propio artículo 843 del Código Civil requiere, sin distinción alguna, la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes respecto de la liquidación y adjudicación de la partición practicada, pues en caso contrario será necesaria su aprobación judicial. De ahí, entre otros argumentos, que para la inscripción de los bienes hereditarios deba aportarse, necesariamente, dicha confirmación o, en su caso, la aprobación judicial de la partición hereditaria (artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario)».

También la doctrina y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012 han admitido que el pago de la legítima lo sea con metálico extra hereditario porque han afirmado que la finalidad de salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima y de la seguridad respecto del pago efectivo de la misma, viene también reforzada desde la perspectiva conceptual que presenta el pago en metálico de la legítima de los descendientes conforme al marco establecido en los artículos 841 y siguientes del Código Civil. Así pues, a diferencia de lo previsto en el artículo 1056 del Código Civil, y pese al mero tenor literal del artículo 841, el testador o, en su caso, el contador-partidor expresamente autorizado, en rigor, no están ordenando imperativamente la conmutación del pago de la legítima, sino facultando a alguno o algunos de sus hijos o descendientes para que, si así lo quieren, se adjudiquen todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no hereditario.

En el supuesto de este expediente, del literal del testamento resulta una orden y no facultad concedida a los herederos, y en consecuencia, estos requisitos para que resulten aplicables los artículos 841 y siguientes del Código Civil no se cumplen en este caso. En consecuencia, es necesario el consentimiento de la legitimaria en los términos de una partición ordinaria a los efectos de que pueda determinar el «quantum» de su legítima. No obstante, ante la alegación del recurrente de que estamos ante una facultad de pago de la legítima en metálico, y sobre todo, la necesidad de cubrir el equilibrio y tutela o salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima, también será necesaria en este caso la confirmación de la legitimaria o en su defecto, la aprobación del notario o del letrado de la Administración de Justicia en los términos del artículo 843 del Código Civil.

6. De estar sujeta la partición a las reglas establecidas en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, resultaría necesario que, conforme lo previsto por el artículo 843 CC, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición así hecha, fuese aprobada por el letrado de la Administración de Justicia o notario -tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio-.

Así pues, tras la práctica de las notificaciones a que se refiere el artículo 844 y en el plazo que el mismo establece, se acreditaría, bien la confirmación expresa de las nietas del causante, o bien la aprobación de la partición por el notario o por el letrado de la Administración de Justicia.

Esto mismo resulta del artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario: «La inscripción de las adjudicaciones de bienes hereditarios a alguno o algunos de los hijos o descendientes con obligación de pago en metálico de la porción hereditaria de los demás legitimarios, expresará que las adjudicaciones se verifican con arreglo al artículo 844 del Código civil,

y se llevarán a cabo: (...) En ambos supuestos deberá acompañarse el documento en que conste la aceptación del adjudicatario o adjudicatarios y el que acredite la confirmación de los demás hijos o descendientes o la aprobación judicial» -tras la reforma operada por la Ley 15/2015 debe entenderse la referencia hecha a la aprobación por el letrado de la Administración de Justicia o notario-.

En consecuencia, no cabe la inscripción sino hasta que la hija preste su consentimiento.

7. En el supuesto en que se proceda a su aprobación por el notario o por el letrado de la Administración de Justicia, esta aprobación notarial de la partición a la que se refiere el artículo 843 del Código Civil es diferente a la autorización de una escritura de partición por otras causas, como por ejemplo dada por la intervención de un defensor judicial en el caso de que del nombramiento resultara así.

A falta de norma expresa, la aprobación notarial prevista en el artículo 843 del Código Civil deberá regirse por el artículo 66 de la Ley del Notariado que en su apartado 1.d) se refiere a la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Esta aprobación notarial de la partición practicada por el contador-partidor supone un expediente específico de jurisdicción voluntaria, tramitado por notario competente (sea o no el mismo notario que autorice la escritura de partición) de acuerdo con los criterios de competencia que establece el artículo 66.2 de la Ley del Notariado, sin que rijan el principio de libre elección de notario.

Alega el recurrente que existe una aprobación judicial -que confirma la intervención realizada por el defensor judicial- que puede suplir la exigida por el artículo 843 del Código Civil. Ciertamente que la aprobación judicial del auto de fecha 29 de enero de 2016 corresponde con la exigencia hecha por el juez en el auto de nombramiento -«(...) quien deberá rendir cuantas de su gestión al Juzgado, una vez concluida, sin perjuicio de la necesidad de obtener aprobación judicial conforme el art. 1060.2 C.C.»- pero en este auto de aprobación concurren las circunstancias siguientes: que la falta de intervención de la legitimaria en la escritura en la que se van a determinar sus derechos en la herencia, no puede quedar suplida por un procedimiento judicial en el que no ha sido parte, pues se vulnerarían los principios de legitimación registral, tracto sucesivo y tutela judicial efectiva; que conforme los hechos y razonamientos jurídicos de la resolución judicial de aprobación de operaciones particionales, se trata de aprobar judicialmente la intervención del defensor judicial, que es además quien inicia el procedimiento junto con el representado por él en la herencia, de manera que no se menciona ni alude al pago en metálico previsto para la legitimaria, a la que ni siquiera se menciona en el auto; los fundamentos jurídicos contenidos en la resolución son específicos del procedimiento previsto para la aprobación judicial de lo actuado por el defensor judicial en la herencia siendo que se alude en ellos a los artículos 1060 del Código Civil y 64 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que corresponden a los expedientes tramitados para la aprobación judicial de actos referidos a personas con capacidad modificada judicialmente; que en la resolución judicial no se cita en ningún momento el artículo 843 del Código Civil ni los artículos 93 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que recogen otros procedimientos de aprobación.

En consecuencia, ni en los hechos ni en los fundamentos de Derecho de la resolución judicial hay referencia alguna a la aprobación del pago de la legítima en metálico realizada sin la intervención de la legitimaria y por lo tanto, no puede entenderse que dicha aprobación judicial pueda servir para subsanar la falta de comparecencia de la legitimaria. En definitiva, la citada resolución aprueba exclusivamente la intervención realizada por el defensor judicial y no suple la falta de comparecencia de la legitimaria a la que no se hace referencia en ningún momento.

Así pues, no puede presumirse que la aprobación judicial que se verifica para confirmar lo actuado por un defensor judicial en representación de un incapaz para cuya resolución se atiende a los intereses de dicha persona hayan sido debidamente garantizados, pueda servir para convalidar la adjudicación a favor de una persona distinta, ya que obedece a una finalidad diferente. Se trata de velar por intereses distintos en uno y otro caso. En uno se trata de una persona con capacidad modificada judicialmente y en el otro de una

persona capaz con la particularidad de que va a recibir su porción hereditaria de una forma excepcional por medio de pago en metálico.

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

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

Madrid, 22 de septiembre de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.