

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**15832** *Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de propiedad de Sevilla n.º 12 a inscribir una escritura de manifestación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Eduardo Carlos Ballester Vázquez, notario de Sevilla, contra la negativa de la registradora de Propiedad de Sevilla número 12, doña Lucía Gómez-Millán Lucio-Villegas, a inscribir una escritura de manifestación de herencia.

#### Hechos

I

Don J. M. B. P. falleció el día 3 de enero de 2018, en estado de casado en segundas nupcias con doña M. C. S. V., de cuyo matrimonio no tuvo descendencia, habiendo tenido de su primer matrimonio con doña D. C. C. tres hijos llamados doña R. A., don J. M. y doña A. M. B. C.

Dicho causante falleció bajo la vigencia testamento otorgado el día 22 de marzo de 2017 ante el notario de Sevilla, don José Javier Muñoz Layos, número 782 de protocolo, en el cual manifestó estar divorciado de sus primeras nupcias con doña D. C. C., de cuyo matrimonio tuvo los tres citados hijos, y encontrarse casado en segundas nupcias con doña M. C. S. V., de la cual no tenía descendencia. En dicho testamento legaba a su esposa doña M. C. S. V. el usufructo vitalicio de la totalidad de su herencia, con relevación de la obligación de constituir fianza; y en el resto de sus bienes, instituyó herederos universales, por terceras e iguales partes indivisas, a sus tres citados hijos.

En escritura otorgada el día 25 de mayo de 2018 ante el notario de Sevilla, don Eduardo Carlos Ballester Vázquez, con el número 1.461 de protocolo, la primera esposa del causante y sus tres hijos y herederos, manifiestan la herencia de don J. M. B. P., aceptándola pura y simplemente, procediendo a liquidar la sociedad de gananciales que hubo de su primer matrimonio, inventariando para ello y, entre otras fincas de carácter ganancial, la registral número 9.126 del Registro de la Propiedad de Sevilla número 12. A continuación, la primera esposa del causante se adjudicaba el pleno dominio de dicha finca 9.126, así como participaciones indivisas de otras fincas, y a la herencia del finado se adjudican participaciones indivisas de otras dos fincas, constando en la escritura: «Con dichas adjudicaciones, iguales a sus haberes, queda liquidada la referida sociedad de gananciales, sin que tengan nada que reclamarse por ningún concepto». Y: «Lo dispuesto anteriormente se entiende sin perjuicio de la posterior liquidación y partición de la herencia de don J. M. B. P., junto con su segunda esposa y legataria doña M. C. S. V.».

A la presentación al Diario se acompañaba testimonio del auto dictado el día 29 de junio de 2017 por el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Sevilla, don Miguel Ángel Gálvez Jiménez, recaído en el procedimiento de liquidación de régimen económico-matrimonial número 1346/2016, del que resultaba la homologación de la transacción judicial acordada entre la parte demandante (el causante de la reseñada herencia) y la parte demandada (su primera esposa), en lo que hacía referencia a los puntos que conformaban el activo y el pasivo del inventario exclusivamente; y en dicho acuerdo transaccional, se inventariaba, entre otras fincas, y como activo de la sociedad de gananciales, la finca registral número 9.126, vivienda sita en Sevilla, que en el citado acuerdo transaccional decía adjudicarse al finado.

## II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Sevilla número 12, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Nota de calificación

Hechos

Identificación del título:

Escritura otorgada en Sevilla el 25/05/2018 ante el Notario don Eduardo Carlos Ballester Vázquez, protocolo número 1461 /2018, que motivó en este Registro el asiento 56 del Diario 55.

Se acompaña a la escritura que se califica testimonio del Auto n.º 394/2017 dictado 29/06/2017, por el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Sevilla, don Miguel Ángel Gálvez Jiménez, recaído en procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial 1346/2016 neg. 1.º, y del acuerdo transaccional homologado judicialmente.

Operación jurídica realizada:

Don J. M. B. P. falleció el día 03/01/2018, en estado de casado en segundas nupcias con doña M. C. S. V., de cuyo matrimonio no tuvo descendencia, habiendo tenido de su primer matrimonio con doña D. C. C. tres hijos llamados doña R. A., don J. M. y doña A. M. B. C.

Dicho causante falleció bajo la vigencia un testamento otorgado en Sevilla el día 22/03/2017 ante el Notario don José Javier Muñoz Layos, protocolo n.º 782, en el cual manifestó estar divorciado de sus primeras nupcias, con doña M. D. C. C., de cuyo matrimonio tiene los tres citados hijos, y encontrarse casado en segundas nupcias con doña M. C. S. V., de la cual no tiene descendencia. En dicho testamento lega a su esposa doña M. C. S. V. el usufructo vitalicio de la totalidad de su herencia, con relevación de la obligación de constituir fianza; y en el resto de sus bienes, instituye y nombra por sus herederos universales, por terceras e iguales partes indivisas, a sus tres citados hijos.

Del testimonio del Auto n.º 394/2017 dictado 29/06/2017, por el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Sevilla, don Miguel Ángel Gálvez Jiménez, recaído en procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial 1346/2016 neg. 1.º, resulta la homologación de la transacción judicial acordada entre la parte demandante don J. M. B. P. y la parte demandada doña M. D. C. C., en lo que hace referencia a los puntos que conforman el activo y el pasivo del inventario exclusivamente. En referido acuerdo transaccional se inventaría, entre otras fincas, y como activo de la sociedad de gananciales la finca registral 9.126 de la sección tercera de este Registro -100% de la vivienda sita en (...) de Sevilla.

Por la escritura que se califica la nombrada señora doña M. D. C. C. –primera esposa del causante– y sus tres hijos y herederos don J. M., doña R. A. y doña A. M. B. C., manifiestan la herencia de don J. M. B. P., aceptándola pura y simplemente, procediendo a liquidar la sociedad de gananciales que hubo de su primer matrimonio, inventariando para ello y, entre otras fincas de carácter ganancial, la registral 9.126. A continuación la señora C. C. se adjudica el pleno dominio de dicha finca 9.126, así como participaciones indivisas de otras fincas, y a la herencia de don J. M. B. P. se adjudican participaciones indivisas de otras dos fincas; constando en la escritura que “Con dichas adjudicaciones, iguales a sus haberes, queda liquidada la referida sociedad de gananciales, sin que tengan nada que reclamarse por ningún concepto.”; “Lo dispuesto anteriormente se entiende sin perjuicio de la posterior liquidación y partición de la herencia de don J. M. B. P., junto con su segunda esposa y legataria doña M. C. S. V.”

Situación registral:

Según el Registro la citada finca 9126 se encuentra inscrita a favor de don J. M. B. P., por título de compraventa para su sociedad de gananciales con doña M. D. C. C., en virtud de escritura otorgada en Sevilla el día 30/09/1995 ante el Notario don Juan Solís Sarmiento, que motivó la inscripción 4.ª de esta finca el día 19/09/1996.

Defectos: Es necesaria la intervención en la escritura que se califica de la legitimaria del causante doña M. C. S. V.

Fundamentos de Derecho:

Primero.—El Registrador que suscribe es competente para la calificación de todo título que se presente a inscripción, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 18 y 19 de la Ley Hipotecaria, observándose en dicha función calificadoras lo siguiente:

Segundo.—La Dirección General de los Registros y el Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente en su resolución de fecha 22/02/2018, para un caso similar al que nos ocupa, declarando que es necesaria la intervención de la viuda en la liquidación de la comunidad posganancial como parte de la comunidad hereditaria del difunto. Pero lo es en su condición de legitimaria de la herencia, lo que difiere de las alegaciones de los recurrentes que entienden que lo es en su condición de legataria. 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 efectuar la liquidación y partición de herencia (artículo 1057.1 del Código Civil), de las que resulte que no se perjudica la legítima de los herederos forzosos. En consecuencia, mientras exista dicha comunidad posganancial del fallecido, son aplicables las normas generales de la comunidad de bienes (ex artículo 406 del Código Civil) por lo que no pueden realizarse actos dispositivos sobre bienes de la herencia sin el consentimiento unánime de todos los partícipes (ex artículo 397 del Código Civil). Siendo que es necesaria la intervención de los legitimarios y legatarios de parte alícuota en la partición de la herencia, es nula la realizada sin ella.

En mérito de lo cual, el Registrador que suscribe y por los fundamentos de derecho expuestos, ha resuelto suspender en el día de hoy la inscripción del documento.

Esta calificación puede (...)

Sevilla, tres de julio del año dos mil dieciocho. La Registradora (firma ilegible) Fdo. Lucía Gómez-Millán Lucio-Villegas.»

### III

Contra la anterior nota de calificación, don Eduardo Carlos Ballester Vázquez, notario de Sevilla, interpuso recurso el día 2 de agosto de 2018 en el que alegaba lo siguiente:

«En la nota de calificación se recoge como defecto que impide la inscripción que “es necesaria la intervención en la escritura que se califica de la legitimaria del causante doña M. C. S. V.”, segunda esposa del causante y legataria del usufructo universal de su esposo el causante, que no concurrió al acto y según la calificación efectuada afecta a la validez del negocio jurídico realizado.

Como fundamento de Derecho para la calificación negativa del documento por nulidad del acto formalizado se remite y aplica la «doctrina» de la reciente resolución de la DGRN de 22 de febrero de 2018 que, si bien, resuelve precisamente sobre la necesidad de concurrencia del cónyuge supérstite en la liquidación de una sociedad de gananciales de su difunto esposo de un matrimonio anterior, en nuestro caso existen algunos aspectos que deben tenerse en cuenta cómo:

1.º Que el contenido de la comunidad post-ganancial del primer matrimonio está determinado por un acuerdo transaccional homologado judicialmente, exclusivamente en cuanto a los puntos que conforman el activo y el pasivo del inventario, como apunta la registradora en su nota, luego no existe peligro de lesión posible para el cónyuge legatario, en orden a poder dejar fuera de la herencia algunos bienes gananciales o presuntamente gananciales en perjuicio de aquel o por una desleal valoración de los bienes gananciales que reduzcan su usufructo legado.

Es cierto que, en el documento transaccional, se hacían distintas adjudicaciones que las que se hacen en la escritura, pero no fueron homologadas judicialmente por no razones [sic] que se desconocen.

2.º Que el testamento en que se basa la escritura calificada, autorizado por otro notario y consta incorporado a la misma, no se recoge cláusula por la que se limita el derecho de conmutación del usufructo legado que a los herederos atribuye el Código Civil (arts. 839 y 840), sancionando el testador con la atribución del tercio de libre disposición al cónyuge si así lo hacen, como se recogía en el testamento en base a la que se autorizó la escritura objeto de la resolución de 22 de febrero del 2018. El efecto de esta cláusula es convertir al viudo en potencial legataria de parte alícuota y, por tanto, sin duda, en participe en la comunidad hereditaria, pero no por ser legitimario, sino por haberlo ordenado el testador.

3.º Tampoco en “nuestro” testamento recoge el supuesto por el que en caso de que los hijos no admitan el gravamen usufructuario sobre su legítima y exijan su entrega en pleno dominio, obtengan en la herencia su legítima estricta, atribuyendo al viudo el tercio de libre disposición en pleno dominio cláusula “Socinii” o de opción compensatoria de legítima. Esto es fundamental porque no solo revela el carácter inoficioso de esa disposición (art. 813 CC), sino también, se infiere que no es la voluntad del testador atribuir al viudo eventualmente una parte alícuota de la herencia, y por tanto, poder ser considerado heredero en virtud del contenido de la disposición (tesis objetiva de la institución de heredero).

La cuestión es determinar quiénes tienen la capacidad de obrar, o mejor dicho legitimación para representar válidamente a una herencia yacente (por no haber sido aceptada) o comunidad hereditaria “in fieri” que, como acto previo a la partición, debe liquidar la sociedad de gananciales del causante bínubo de un matrimonio anterior, cuando no hay contador partidor designado.

La resolución considera necesario el concurso de todos los titulares de la comunidad hereditaria, incluyendo a todos los legitimarios, por tanto, ya lo sean a título de donatarios, herederos en cosa cierta o determinada, perceptores de legítima estricta en dinero incluso extra hereditario sin distinción, y el cónyuge por su condición de legitimario.

Desde un punto de vista objetivo entendemos que están legitimados solo los llamados a título de herederos, así como los asignatarios de una parte alícuota de la herencia, por ser los titulares de los bienes en abstracto, pero no los que solo tengan un derecho de crédito o asignación de valor a la misma, aunque esté representado por un usufructo o afección real sobre los bienes. Por tanto, el cónyuge viudo por su sola condición de legitimario no es heredero, hace falta que el testador le atribuya expresamente ese carácter, atribuyéndole ese honor, o que le asigne directamente una parte alícuota de la herencia, o indirectamente con la cláusula compensatoria, sobre todo si se le atribuye a él/ella la elección entre el usufructo y el tercio libre.

Por ello, no consideramos adecuada la consecuencia jurídica de la calificación, esto es la nulidad del acto por falta de concurso del viudo. Esta afirmación que difiere del criterio de la resolución invocada se sustenta sobre dos cuestiones en las que nos debemos detener: si el cónyuge es heredero o simple legatario y la naturaleza de los actos de delimitación de la masa hereditaria, en particular la liquidación de otras comunidades como la post ganancial que nos ocupa y en consecuencia, quien debe realizarlos.

Primera. Sin perjuicio de que la doctrina clásica que consideraba al viudo como heredero atendiendo a normas anteriores al Código, al antiguo artículo 814 del CC que contemplaba su preterición, o al hecho de que no pueda ser contador partidor y pueda pedir la partición. En la actualidad, es indudable que el viudo no es heredero por el solo hecho de que el Código le considere legitimario (heredero forzoso) si el testador no le ha instituido con ese carácter:

a) Por el contenido del llamamiento, pues el usufructo y herencia son conceptos incompatibles, el usufructo siempre es una atribución a título particular o singular por tanto legatario (768 CC), aunque el código le llame heredero forzoso (807 CC), el heredero sucede a título universal (659,660, 661 CC).

b) Precisamente por ese contenido, el cónyuge no responde de las deudas de la herencia, le afectan, pero no le vinculan, a diferencia del heredero. Hay nutrida jurisprudencia al respecto, por su claridad citamos fa STS de 20 de octubre de 1970

c) Porque el artículo 839 permite la conmutación de su derecho, quedando circunscrito a la entrega de un capital en efectivo, eso sí, afectando a todos los bienes de la herencia en tanto no se le haya entregado su valor, al modo de *pars valoris bonorum* que contemplan los artículos 841.

d) El viudo, aunque heredero forzoso, no puede ser obligado a colacionar, (STTS 25 octubre del 2000).

Segundo. Naturaleza de los actos previos de delimitación del haber partible. Debe entenderse incluidos como actos de delimitación del haber partible, las operaciones dirigidas a traer bajas de la herencia (reservas, sustituciones fideicomisarias, donaciones con pacto de reversión, etc.), o determinar o especificar el caudal relicto ya sea por su participación en otra herencia como sucede en el supuesto de "ius transmissionis", o por formar parte en otras comunidades ordinarias (ejercen o no actividad mercantil). La liquidación de gananciales tiene la misma naturaleza y consecuencias jurídicas, independientemente de que la hagan ambos cónyuges en vida, o por uno con el contador partidor o los herederos del otro a su fallecimiento, o si se adjudican los bienes en proindiviso o se hagan adjudicaciones de bienes concreto con compensación en dinero por su naturaleza indivisible; de considerarse un acto de naturaleza traslativa, vendría a tirar por los suelos todo un cuerpo de Doctrina jurisprudencial y de la propia Dirección General. De entrada, el contador partidor no podría realizarla porque excedería de sus facultades.

La resolución de 22 de febrero de 2018, no distingue entre lo que es la liquidación de la sociedad post-gananciales, como acto previo a la partición de herencia, con los actos dispositivos de bienes concretos, previo a la liquidación de los gananciales, los cuales sí precisan para su otorgamiento del concurso de todos los interesados que agotan la plena titularidad del bien, (resolución de 28 de noviembre de 2000), lo que supone, desde luego aceptación tácita de la herencia, (999 CC); la finalidad es asegurar que el adquirente no pueda verse perturbado en su adquisición por ninguna reclamación por parte de interesado en la herencia. Este último caso supone necesariamente aceptación de la herencia (999.3.º CC), la liquidación de una comunidad de la que formaba parte el causante no necesariamente, (Inventario, 1010 CC), (contador- partidor).

A la vista de lo anterior debemos de concluir que, en nuestro caso al menos, en el que la viuda no tiene atribuido ni actual ni eventualmente un derecho a una parte alícuota de la herencia (tercio libre), la liquidación de la sociedad post ganancial, sin la participación del cónyuge viudo no titular, es eficaz y perfectamente inscribible, por las siguientes razones:

Primero. No parece adecuado obligar a concurrir al acto de disolución de una sociedad conyugal al titular con el segundo cónyuge, cuando el testador no lo ha dispuesto así expresa o tácitamente. Análogamente con una sociedad limitada en que no puede entrar cualquiera, precisamente por su carácter cerrado y familiar; en el ámbito de una liquidación de sociedad de gananciales debería respetarse todavía más ese carácter, limitando las personas legitimadas para intervenir en la misma, que son los que suceden al difunto a título universal.

Encuentra su acomodo legal en el artículo 840, por remisión al 837 del CC que, previsto para evitar fricciones entre cónyuge y descendientes de matrimonio anterior; parece plausible trasladarlo a este supuesto pues si difícil es entenderse entre hijos solo del difunto y cónyuge, con mayor razón entre la excónyuge y la viuda.

Por aplicación de las normas particulares del régimen de gananciales, el legado debe ser considerado parcialmente como legado de un bien ganancial y le corresponderá lo que le sea adjudicado al cónyuge testador, en otro caso su exceso en metálico; el artículo 1379 CC no atribuye al legatario de cosa ganancial el derecho a intervenir en la liquidación de gananciales por el solo hecho de poderse ver perjudicado en la liquidación.

Segundo. Si los herederos de común acuerdo pueden conmutar su usufructo viudal por un capital en efectivo y el cónyuge viudo no tiene más recurso que acudir a la vía judicial si se considera lesionado en sus derechos, no parece lógico que su concurso sea requisito "sine qua non" para la validez de la liquidación de una sociedad de gananciales de la que no es titular, ya que la mitad del valor de los gananciales ya están determinados por acuerdo homologado judicialmente, y pueden ser a su vez ser conmutados sin su consentimiento (quién puede lo más puede lo menos).

El artículo 840 CC, atribuye también la iniciativa al cónyuge superviviente, pero no la quita a los herederos la que le da el artículo 839 CC, pues su fundamento es el mismo, evitar el desmembramiento de los bienes.

Tercero. La resolución de 22 febrero 2018, aparte de las diferencias apuntadas con el caso resuelto, como argumento no nos convence pues, aparte de lo expuesto:

a) Ignora el principio de buena fe, presumiendo, sin más, la mala fe de los otorgantes que son nada más y nada menos que los herederos testamentarios, sucesores a título universal del causante. Así, se fundamenta la resolución diciendo "...con el fin de que sus derechos (cónyuge viudo) no se vean perjudicados." Es decir, presume la mala fe de los herederos y excónyuge sin fundamento jurídico, dispensando de la carga de la prueba de haberse realizado de mala fe al cónyuge legitimario, cuando es a este al que le corresponde probar la deslealtad de los herederos designados por el testador.

b) No distingue entre la partición de la herencia y la liquidación de la comunidad post ganancial, que tienen titulares y estatus jurídicos distintos. Así como de la herencia yacente, pendiente de aceptación como de la ya aceptada y concretada en titularidades y derechos ciertos y determinados,

c) Ignora la distinción entre heredero y legatario sujetándolos al mismo régimen, el de partícipes de la comunidad hereditaria. Da el mismo carácter a todos los legitimarios, ya sean descendientes o ascendientes, o al cónyuge, cuando son instituciones con naturaleza distinta, con una semejanza: que vienen determinadas por Ley, como limitación a la facultad de disponer por testamento. En el caso de la resolución sería necesaria la intervención del cónyuge en su eventual carácter de legatario de parte alícuota, pero en ningún caso como legitimario, pero eso es objeto de otro debate.

d) Para llegar a la conclusión de la necesidad de concurrencia del viudo atribuye, en varias ocasiones, a la liquidación de gananciales naturalezas traslativa o dispositiva, no declarativa o especificativa, para, por aplicación de las normas generales de la comunidad de bienes, aplicarle lo que para el condominio establece el artículo 397 que exige unanimidad de los condueños y no el 398, que determinaría que por mayoría se resolviera el asunto o designaran a aquel de los comuneros que interviniera en la liquidación, (valga lo dicho con anterioridad). Estos artículos podrían aplicarse entre cousingueros, pero no entre propietarios y usufructuarios porque se refieren a cotitularidades distintas.

Por los argumentos expresados y en defensa de la validez de la escritura autorizada se solicita de la señora Registradora de la Propiedad, practique la inscripción solicitada o eleve el presente recurso ante la Dirección General de Registros y Notariado, con el fin de que declare si, a la vista de lo dicho, el acto contenido en la misma es válido y por tanto inscribible o no conforme a la legislación vigente».

#### IV

La registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo mediante escrito de fecha 3 de agosto de 2018.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 397, 406, 660, 768, 807, 834, 843, 846 y 885 del Código Civil; 18, 19 bis y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo

de 27 de febrero de 1997, 12 de junio de 2008 y 16 de diciembre de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de octubre de 1999, 1 de marzo de 2006, 25 de febrero de 2008, 9 de marzo de 2009, 6 de marzo de 2012, 12 y 16 de junio, 4 de julio y 15 de septiembre de 2014, 29 de junio de 2017 y 22 de febrero de 2018.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aceptación de herencia y liquidación de sociedad de gananciales en la que concurren las circunstancias siguientes:

Intervienen la ex cónyuge junto con los tres hijos de su matrimonio, pero no la segunda esposa a quien el causante legó el usufructo de la totalidad de la herencia, siendo instituidos herederos los tres hijos del testador por partes iguales.

En el caudal relicto se inventaría, entre otras fincas de carácter ganancial, la registral 9.126. Y en la misma escritura se adjudica a la primera esposa del causante el pleno dominio de dicha finca 9.126, así como participaciones indivisas de otras fincas, y a la herencia del finado se adjudican participaciones indivisas de otras dos fincas, expresándose lo siguiente: «Con dichas adjudicaciones, iguales a sus haberes, queda liquidada la referida sociedad de gananciales, sin que tengan nada que reclamarse por ningún concepto». Y se añade que «Lo dispuesto anteriormente se entiende sin perjuicio de la posterior liquidación y partición de la herencia de don J. M. B. P., junto con su segunda esposa y legataria doña M. C. S. V.».

Se acompañó testimonio del auto número 394/2017 dictado el día 29 de junio de 2017, por el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Sevilla, don Miguel Ángel Gálvez Jiménez, recaído en procedimiento de liquidación de régimen económico-matrimonial número 1346/2016, del que resulta la homologación de la transacción judicial acordada entre la parte demandante (el finado) y la parte demandada (su primera esposa), en lo que hace referencia a los puntos que conforman el activo y el pasivo del inventario exclusivamente; y en dicho acuerdo transaccional se inventaría entre otras fincas, y como activo de la sociedad de gananciales, la finca registral 9.126, que decía adjudicarse al finado.

La registradora suspende la inscripción solicitada, con cita de la Resolución de este Centro Directivo de 22 de febrero de 2018, por entender necesaria la intervención de la viuda en la liquidación de la comunidad postganancial como parte de la comunidad hereditaria del difunto, por su condición de legitimaria de la herencia y dada la especial cualidad del legitimario en nuestro derecho común, 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 (artículo 1057.1 del Código Civil) de las que resulte que no se perjudica la legítima de los herederos forzosos. Por ello, mientras exista dicha comunidad postganancial del fallecido son aplicables las normas generales de la comunidad de bienes (ex artículo 406 del Código Civil), de modo que no pueden realizarse actos dispositivos sobre bienes de la herencia sin el consentimiento unánime de todos los partícipes (ex artículo 397 del Código Civil), y siendo que es necesaria la intervención de los legitimarios y legatarios de parte alícuota en la partición de la herencia, es nula la realizada sin ella.

El recurrente alega que en el caso que motiva la calificación, en el que la viuda no tiene atribuido ni actual ni eventualmente un derecho a una parte alícuota de la herencia (tercio libre), la liquidación de la sociedad postganancial, sin la participación del cónyuge viudo no titular, es eficaz y perfectamente inscribible. Primero, porque no parece adecuado obligar a concurrir al acto de disolución de una sociedad conyugal al titular con el segundo cónyuge, cuando el testador no lo ha dispuesto así expresa o tácitamente; y por aplicación de las normas particulares del régimen de gananciales, el legado debe ser considerado parcialmente como legado de un bien ganancial y le corresponderá lo que le sea adjudicado al cónyuge testador, en otro caso su exceso en metálico, pues el artículo 1379 del Código Civil no atribuye al legatario de cosa ganancial el derecho a intervenir en la liquidación de gananciales por el solo hecho de poderse ver perjudicado en la liquidación. En segundo lugar, porque si los herederos, de común acuerdo, pueden

conmutar su usufructo viudal por un capital en efectivo y el cónyuge viudo no tiene más recurso que acudir a la vía judicial si se considera lesionado en sus derechos, no parece lógico que su concurso sea requisito «sine qua non» para la validez de la liquidación de una sociedad de gananciales de la que no es titular, ya que la mitad del valor de los gananciales ya están determinados por acuerdo homologado judicialmente, y pueden ser a su vez ser conmutados sin su consentimiento (quién puede lo más puede lo menos). Es de reseñar que el recurso contiene también la siguiente afirmación: «Es cierto que, en el documento transaccional, se hacían distintas adjudicaciones que las que se hacen en la escritura, pero no fueron homologadas judicialmente por no [sic] razones que se desconocen».

2. Como puso de relieve esta Dirección General en la citada Resolución de 22 de febrero de 2018, es necesaria la intervención de la viuda en la liquidación de la comunidad postganancial como parte de la comunidad hereditaria del difunto. Pero lo es en su condición de legitimaria de la herencia, lo que difiere de las alegaciones de los recurrentes que entienden que lo es en su condición de legataria. Ciertamente, la cuota legal usufructuaria de la viuda se atribuye en concepto de legado no de herencia, pero su intervención no se exige por ese concepto sino por ser una legitimaria de la herencia.

Como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 1 de marzo de 2006 y se ha reiterado (vid. «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 efectuar la liquidación y partición de herencia (artículo 1057.1 del Código Civil), de las que resulte que no se perjudica la legítima de los herederos forzosos. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos forales, 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 está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima.

Dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados, pago en dinero de la legítima (Resoluciones en «Vistos»), 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).

También hay que recordar la doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. «Vistos») por la que «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 artículo 657 del Código Civil y aplicación indebida de los artículos 1075 y 1079 en relación con los artículos 818 y 1056. 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 (...) 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, mientras que no se realice la partición de la herencia y por tanto se adjudiquen bienes concretos a herederos determinados, existe una comunidad hereditaria de la que no solo forman parte los herederos, sino todos los llamados a la sucesión por sus cuotas, lo que incluye a los legitimarios y a los legatarios de parte alícuota.

En consecuencia, mientras exista dicha comunidad postganancial del fallecido, son aplicables las normas generales de la comunidad de bienes (ex artículo 406 del Código Civil) por lo que no pueden realizarse actos dispositivos sobre bienes de la herencia sin el consentimiento unánime de todos los partícipes (ex artículo 397 del Código Civil). Siendo que es necesaria la intervención de los legitimarios y legatarios de parte alícuota en la partición de la herencia, es nula la realizada sin ella.

La participación del cónyuge viudo en la partición de la herencia es evidente, y siendo que es necesaria su intervención en la partición, lo será también en todos los actos anteriores, como es la liquidación en una sociedad de gananciales previa que no había sido liquidada, con el fin de que sus derechos no se vean perjudicados.

3. La doctrina transcrita en el anterior fundamento de Derecho sirve para resolver la cuestión debatida, sin que proceda abordar ahora otras interesantes cuestiones, tales (por no hablar de los legados de parte alícuota) como la naturaleza del legado de usufructo universal, cuestión ésta sobre la que ha de tenerse en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo 16 de diciembre de 2014, que declaró lo siguiente: «Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que el beneficiado por el testador con el usufructo sobre la totalidad de la herencia, o una parte o cuota, no puede ser asimilado a la institución o posición jurídica del heredero de la herencia. Todo ello, sin perjuicio de las acciones que puedan asistir al acreedor de la herencia en defensa de su derecho de crédito, aún en el supuesto de haberse realizado una partición parcial de la misma». O la no menos interesante cuestión relativa a la naturaleza de la legítima del cónyuge viudo, respecto de la que existe un general consenso en que, a diferencia del caso de los descendientes y ascendientes, en aquella existe un llamamiento legal directo a la misma, postura seguida por la Resolución de este Centro Directivo de 22 de octubre de 1999. Al margen, también de las dudas suscitadas en torno a la coordinación (absorción o yuxtaposición) de tal legítima y aquellas disposiciones y atribuciones que se hubieran ordenado a favor de tal legitimario, en especial la imputación de las disposiciones ordenadas a su favor; habiéndose mantenido por algunos autores que, siendo la naturaleza de la legítima viudal la de un llamamiento legal directo, salvo que el causante establezca expresamente otra cosa, la donación hecha al viudo no se imputará en pago de la legítima; y si se le hace un legado, aunque el testador lo haga en pago de la legítima, el viudo tendrá derecho a aceptar el legado, y en ese caso no podrá reclamar nada, o bien a repudiar el legado y reclamar la legítima. Sin olvidar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008 rechazó la imputación de lo legado al viudo a su legítima, argumentando que es la voluntad del testador la que debe decidir sobre la imputación a la legítima o sobre la acumulación.

Todas las razones anteriores conducen a la confirmación de la calificación impugnada, toda vez que, como se ha indicado anteriormente, en casos como el presente existe una comunidad hereditaria de la que no solo forman parte los herederos,

sino todos los llamados a la sucesión por sus cuotas, lo que incluye a los legitimarios y a los legatarios de parte alícuota, posición que en este caso ocupa, sin ningún género de dudas, la viuda del finado.

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

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, 31 de octubre de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.