

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**3533** *Resolución de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 25, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación, partición y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña Rocío Lora-Tamayo Villacieros, notaria de Madrid, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Madrid número 25, don Juan Carlos Rubiales Moreno, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación, partición y adjudicación de herencia.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada por la notaria de Madrid, doña Rocío Lora-Tamayo Villacieros, el día 20 de junio de 2018, con el número 1.179 bis de protocolo, se formalizó la liquidación de gananciales y aceptación, partición y adjudicación de herencia por el fallecimiento de don M. S. P. En el testamento que servía de base a las adjudicaciones, el causante ordenó unos legados a favor de su cónyuge y de dos de sus hijas, a quienes además instituyó herederas por partes iguales, y manifestaba que la legítima estricta de otra de sus hijas había sido satisfecha en vida, en los términos que del mismo resultaban (determinadas cantidades que ahora imputaba al pago de su legítima: por rentas y gastos de comunidad por el arrendamiento de determinada vivienda, que debía haber satisfecho dicha hija como arrendataria; así como otras cantidades por un préstamo que había reintegrado el testador, cuando realmente debía reintegrarlas la misma hija).

La escritura de partición y adjudicación de herencia fue otorgada únicamente por la viuda y las dos hijas instituidas herederas, quienes manifestaban que, conforme a lo dispuesto por su padre en su testamento, a su hermana no compareciente le había sido satisfecha su legítima en vida y lo recibido por ella excedía de su legítima estricta.

II

Presentada el día 1 de octubre de 2018 copia autorizada de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid número 25, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad Madrid número veinticinco.

Calificada la precedente escritura, otorgada en Madrid, el 20 de junio de 2018, ante la Notario doña Rocío Lora-Tamayo Villacieros, número 1.179 bis de protocolo.

Se suspende la inscripción solicitada por los siguientes hechos, defectos y fundamentos de derecho:

Hechos:

La escritura ha sido presentada a las 12,30 horas del día 1 de octubre de 2018, según el asiento 1055 de diario 126, por la que al fallecimiento de don M. S. P., entre otros bienes, se adjudica el piso (...) de Madrid, finca registral número 11.247, única de este distrito hipotecario, a su viuda doña C. S. P. y a sus hijas doña F. y doña B. S. S., en distinta forma y proporción indivisa.

## Defectos y Fundamentos de Derecho:

1. El causante don M. S. P., en su testamento otorgado en Madrid, el 13 de enero de 2015, ante la Notario doña Rocío Lora Tamayo Villacieros, número 51 de protocolo, que se acompaña junto con sus certificados de defunción y de últimas voluntades, después de hacer constar que está casado en únicas nupcias con doña C. S. P., de cuyo matrimonio tiene tres hijas llamadas B., F. y C. S. S., dispuso de unos legados a favor de su cónyuge y de sus hijas B. y F., a quienes instituyó por sus únicas y universales herederas por partes iguales, manifestando que la legítima estricta de su hija C., ha sido satisfecha en vida, en los términos que del mismo resultan.

Al otorgamiento de la escritura objeto de calificación, comparecieron la viuda doña C. S. P., y las hijas y herederas doña F. y doña B. S. S., manifestando éstas que, conforme a lo dispuesto por su padre en su testamento, a su hermana doña C. S. S., le ha sido satisfecha su legítima en vida, excediendo de la misma la cantidad recibida, quedando satisfecha.

Y siendo la hija doña C. S. S., legitimaria y heredera forzosa, debe concurrir en la partición de la herencia o ratificar la que se ha realizado. Artículos 658, 806, 807, 808 y 1058, y reiteradas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado; véanse las de 25 de febrero de 2008 y 17 de septiembre de 2018, entre otras.

Se procede a la prórroga del asiento de presentación que ha motivado este documento, de conformidad con el artículo 323 de la Ley Hipotecaria.

Contra esta calificación (...)

Madrid, 16 de octubre de 2018. Este documento ha sido firmado digitalmente por el registrador: don Juan Carlos Rubiales y Moreno con firma electrónica reconocida.»

## III

Contra la anterior nota de calificación, doña Rocío Lora-Tamayo Villacieros, notaria de Madrid, interpuso recurso el día 15 de noviembre de 2018 mediante escrito y con los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero. En ninguno de los artículos del Código Civil que se citan para apoyar la calificación registral se dice que el legitimario deba intervenir en la partición. Efectivamente, el artículo 658 regula los modos de deferirse la sucesión por causa de muerte, el 806 nos da el concepto de la legítima, el 807 determina quiénes son los legitimarios, el 808 la cuantía de la legítima y el 1058, que los herederos mayores de edad que tengan la libre disposición de sus bienes podrán distribuir la herencia de la forma que tengan por conveniente; nadie sostiene que este último precepto al hablar de herederos se refiere a los herederos forzosos o legitimarios, cuando es sabido que la legítima se puede dejar por cualquier título (art. 815 Cc) y, por ende, el legitimario será heredero si se le llama como tal.

Segundo. Sí que es cierto que la DGRN viene sosteniendo un criterio muy estricto en relación a la necesidad de los legitimarios en la partición. Sin embargo, creemos que este criterio contradice otros pronunciamientos de la misma DGRN, carece de base legal suficiente y contradice la realidad social, pudiendo causar graves daños a las familias y entorpecer el desarrollo normal de las instituciones jurídicas por las razones que tratamos de exponer.

1.º Contradicción con la doctrina de la DGRN en relación al valor atribuido al título sucesorio.

La RDGRN en R. de 2 de agosto de 2018, ante una preterición que podía ser calificada de errónea, al adoptarse por el testador a un hijo, después de otorgado el testamento, considera que la notario no puede considerar nula la institución de heredero de los dos hijos llamados en el testamento y llamar a éstos y al adoptivo, mediante acta de declaración de herederos, sin el consentimiento de todos ellos. Partiendo de la

Resolución de esta misma Dirección General de 13 de septiembre de 2001 considera que: "3. La cuestión por decidir es, por tanto, si en el caso en que el único testamento del causante hubiere sido otorgado antes del nacimiento de todos sus hijos y descendientes, puede considerarse que éste queda automáticamente ineficaz en cuanto a su contenido patrimonial, sin necesidad de declaración judicial en tal sentido, de modo que el acta notarial de declaración de herederos pasará a ser el único título que ha de considerarse al tiempo de la partición hereditaria o si, por el contrario, se precisará la previa declaración judicial de ineficacia del contenido patrimonial del testamento. La primera consideración a tener en cuenta, es que el Código Civil prevé, para el caso de preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, la 'anulación' de las disposiciones patrimoniales testamentarias y, este término -con independencia de las dificultades de trasponer al ámbito testamentario, los conceptos de nulidad y anulabilidad acuñados por la doctrina para el ámbito contractual- apunta claramente a la necesidad de impugnación del testamento que incurra en tal defecto, si se quiere dejar sin efecto, lo cual, armoniza perfectamente con la evolución institucional favorable a la absorción del "us discendi nullum" por la querrela "inofficiosi testamenti". En segundo lugar, habrá de observarse que el artículo 814 del Código Civil, al declarar la anulación de todo el contenido patrimonial del testamento que incide en preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, no hace distinción de supuestos, de modo que el significado que se atribuya al término anulación deberá aplicarse a todos y es evidente que para muchos de ellos resulta incuestionable que la ineficacia de ese contenido patrimonial del testamento precisará, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso incoado por el preterido, proclame la no intencionalidad. En tercer lugar, el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. art. 24 de la Constitución Española), en conjunción con el valor de Ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. art. 658 del Código Civil), más parece avalar la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurre en caducidad ni en vicios sustanciales de forma, que la solución contraria. En el mismo sentido militan: a) la excepcionalidad de los efectos de la preterición no intencional de hijos y descendientes, frente a la regla general que concreta los efectos de la preterición a la salvaguarda de la legítima; b) el propio inciso final del artículo 814 del Código Civil, que, en armonía con el 658 del mismo texto, dispone que sin perjuicio de legítimas, lo ordenado por el testador debe quedar a salvo en todo caso; c) la indudable posibilidad de renuncia a la acción de preterición por el perjudicado o la posibilidad de éste de alcanzar un acuerdo transaccional con los favorecidos por tal testamento que permita sostener su eficacia, habrá de reconocerse lo dudoso que resultaría el prescindir en tales casos de la pertinente declaración judicial para ignorar el contenido patrimonial inherente a ese testamento, pues ello sería tanto como aproximar el tratamiento de tales supuestos al de caducidad de esas disposiciones testamentarias, lo cual sobre carecer de justificación legal, a la vista de cuanto se ha señalado, conculcaría el claro mandato contenido en el artículo 743 del Código Civil y sin que quepa alegar, para evitar esta objeción, que se trataría de una simple nulidad de pleno derecho, pues ni el término anulación del art. 814 del Código Civil se compadece con la nulidad radical o con la inversión de la carga de la iniciativa procesal que comporta, ni esta figura encajaría en los supuestos debatidos, en los que no hay inobservancia de requisitos formales esenciales (cfr. art. 687 del Código Civil), ni vulneración de preceptos prohibitivos o imperativos (cfr. art. 6 del Código Civil).

De lo anterior resulta:

- Que aun existiendo preterición el testamento no queda automáticamente ineficaz en cuanto a su contenido patrimonial, sin necesidad de declaración judicial en tal sentido.
- Que se necesita la impugnación del testamento que incurra en tal defecto, si se quiere dejar sin efecto.
- Que a falta de conformidad de todos los afectados, se necesita una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso, incoado por el preterido, proclame la no intencionalidad.

– Que ello es lo congruente con el valor de Ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. art. 658 del Código Civil), lo que avala la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurre en caducidad ni en vicios sustanciales de forma.

– Que el preterido puede renunciar a la acción de preterición o que tiene la posibilidad de alcanzar un acuerdo transaccional con los favorecidos por tal testamento que permita sostener su eficacia.

– Que la preterición no se puede equiparar a la caducidad pues, ni el término anulación del art. 814 del Código Civil se compadece con la nulidad radical o con la inversión de la carga de la iniciativa procesal que comporta, ni esta figura encajaría en los supuestos debatidos, en los que no hay inobservancia de requisitos formales esenciales (cfr. art. 687 del Código Civil), ni vulneración de preceptos prohibitivos o imperativos (cfr. art. 6 del Código Civil).

Si repasamos lo destacado, parece claro que el testamento mientras judicialmente no se declaren ineficaces sus disposiciones testamentarias es el título sucesorio, hay que respetarlo y será el preterido o el perjudicado por las disposiciones del mismo, quien tendrá que incoar el procedimiento contencioso correspondiente.

Por su parte, la RDGN de 10 de septiembre de 2018 considera que "Como dispone el artículo 14 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero (modificado por la disposición final duodécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y por la disposición final primera de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil) 'el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n.º 650/2012'. El testamento es un negocio jurídico que, en tanto que manifestación de la voluntad del causante, se constituye en ley de la sucesión (cfr. artículo 658 del Código Civil). El mismo, como título sustantivo de la sucesión hereditaria (cfr. artículo 14 de la Ley Hipotecaria) junto, en su caso, con el título especificativo o particional, serán los vehículos para que las atribuciones hereditarias sobre bienes o derechos concretos puedan acceder al Registro".

En ambas recientes RR se destaca que el testamento válido es la ley máxima de la sucesión y que el mismo debe respetarse, mientras judicialmente no se declare la ineficacia de todas o algunas de sus disposiciones. Ello es, además, lo que resulta de la realidad, pues el testamento se apoya en las declaraciones hechas por el testador, que ni el notario, ni el registrador tienen medios para comprobarlas. El testador es quien manifiesta si está o no casado, si tiene o no ascendientes o descendientes y cuáles son unos u otros. Si aceptamos como principio que el testamento es la ley máxima de la sucesión, mientras no sea impugnado judicialmente su contenido, tenemos que respetar la formación del mismo en base a las manifestaciones y declaraciones de voluntad hechas por el testador y ello porque así lo dispone nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro ordenamiento y así nos parece deducir de las RR anteriores, deja a la iniciativa del perjudicado impugnar el testamento que contenga disposiciones que perjudiquen su legítima, mediante el procedimiento contencioso correspondiente, pero no permite al notario ni al registrador invitar, por así decirlo, al legitimario para que manifieste si está o no conforme con lo que el testador había ordenado en su testamento. No estamos ante un tema de nulidades radicales, en lo que insistiremos al tratar de las acciones que al legitimario le corresponden.

## 2.º De la protección al legitimario.

En la protección al legitimario la DGRN en numerosas resoluciones, algunas de ellas de fecha reciente, parte de la premisa que la legítima en derecho común tiene la naturaleza de "pars bonorum", deduciendo de ello que el legitimario deberá intervenir en

la partición para preservar la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima y que, por ende, el Notario no deberá autorizar la escritura de partición sin esa intervención de todos los legitimarios, ni el registrador inscribirla. Sirva como ejemplo la RDGRN de 13 de junio de 2013, cuando considerando que en Derecho común la legítima es una "pars bonorum", dice: "Presupuesto ello la especial cualidad del legitimario, 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 (art. 1057.1 del Código Civil), de la que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. En efecto la legítima en nuestro Derecho común, así como en Derecho balear (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 misma línea se pronuncia la RDGRN de 16 de octubre de 2015 que reproduce casi literalmente lo transcrito, pero, incluso insistiendo más en lo que nos preocupa, al decir: "De ahí que, a falta del contador-partidor, 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".

Aun admitiendo que la legítima es "pars bonorum", aunque ello tenga excepciones y que el legitimario tiene derecho a la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de su legítima, discrepamos que de ello se derive que el legitimario excluido del testamento tenga que ser llamado a la partición, a menos que el juez a solicitud del propio legitimario lo ordene y, sin perjuicio, claro está, de las acciones que le corresponden para la defensa de sus derechos legitimarios. A nuestro juicio, exigir la intervención de los legitimarios en la partición, cuando manifiesta el testador que se le ha adjudicado su legítima por vía de donación, lo que es perfectamente legítimo, en base al artículo 815 del Cc, carece de apoyo legal, pues ninguna norma lo impone.

El argumento de que ello encuentra su fundamento en que la legítima es una "pars bonorum" es, por así decirlo, comenzar la casa por el tejado, pues de lo que se trata de resolver son los derechos y las acciones que el legitimario tiene para proteger sus derechos legitimarios. Ante una atribución insuficiente el CC atribuye al legitimario la acción de complemento de legítima, en el artículo 815: "El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma» y en el artículo 817 la acción de reducción: "Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas". Ninguna norma llama al legitimario para que intervenga fiscalizando la partición y, si se niega a intervenir, a paralizarla, no dejando otro recurso a los herederos que acudir a la vía judicial.

Con la solución adoptada por la DGRN se están invirtiendo los términos del problema, serán los herederos quienes tienen que acudir al juez para llevar a cabo la partición de la herencia cuando el legitimario no quiera intervenir o se niegue a aceptar las operaciones integrantes del inventario, siendo así que el CC establece justo lo contrario, son los legitimarios quienes deben acudir al juez cuando las disposiciones del testador perjudiquen su legítima. Basta recordar las palabras «podrá pedir el complemento» del artículo 814 o "se reducirán a petición de éstos" del artículo 815 o en sede de desheredación, los herederos tendrán que demostrar que es justa, cuando el legitimario desheredado la negare, conforme al artículo 850.

Como ante decíamos, la DGRN nos está diciendo: pregunten ustedes al legitimario si está o no conforme con lo que ordenó el testador. Las probabilidades de que no lo esté, si se considera perjudicado en relación a los otros llamados a la herencia aunque su



legítima esté cubierta son enormes, se le está dando una baza y creando una fuente de conflictos, que fue precisamente la que quiso evitar el testador y creemos que el propio CC. Efectivamente ante mantener lo ordenado por el testador, mientras no sea judicialmente impugnado o no considerarlo eficaz, hasta que el legitimario, de una u otra forma, se muestre conforme, el CC opta, a nuestro juicio, claramente, por lo primero. Esta solución es además sociológicamente la más lógica, respetar la voluntad de los padres respecto de sus hijos, mientras no se pruebe que ha perjudicado alguno en sus derechos y no animar a los hijos a incumplir o condicionar las previsiones de sus padres.

Ello se ve con toda claridad, como decíamos, cuando se trata de la desheredación injusta al disponer el artículo 850 del CC: «La prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare». Siguiendo a V. (V. G., J. Comentarios al Código Civil. Edición Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p 2082): el testamento que contenga la desheredación es título bastante para que el heredero instituido obtenga la posesión de los bienes, correspondiendo la iniciativa de la acción procesal al desheredado, presumiéndose a priori pero sólo extrajudicialmente la certeza de la misma. La DGRN en R de 21 de noviembre de 2014 sigue idéntico criterio al considerar: «En primer lugar, respecto de la existencia de legitimarios desheredados cabe recordar que, como ya ha declarado reiteradamente el Centro Directivo, la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial); y, ello, porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. artículo 658 del Código Civil) conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma (Resolución de 13 de septiembre de 2001). Por ello, debe concluirse, que en el caso que es objeto de este recurso, no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que derivan la condición de herederos los recurrentes, por mucho que en él se haya ordenado una desheredación». Compartimos totalmente el criterio de esta Resolución y no entendemos cómo no ha aplicado este razonamiento en la R de 3 de marzo de 2015 y en las que después veremos, al supuesto objeto de este recurso, cuando el testador manifiesta que ha dejado la legítima por vía de donación, pues si en la desheredación por la que no se deja nada al legitimario hay que pasar por ella, mientras judicialmente no se disponga lo contrario, con mucha mayor razón debe pasarse cuando se manifiesta haberle dejado algún bien por vía de donación.

De otro lado, cuando el CC exige el consentimiento de los legitimarios o la facultad de oponerse a la partición, lo dice expresamente, lo que no ocurre en nuestro caso. Así cuando el testador ordenó el pago de la legítima en metálico se exige la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes (artículo 843 CC), en la conmutación del usufructo del viudo se ha de proceder de mutuo acuerdo y, en su defecto, en virtud de mandato judicial (artículo 839), el artículo 1082 concede a los acreedores reconocidos como tales la de oponerse a que se lleve a efecto la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, lo que no se le concede a los legitimarios, a los que se le atribuyó la legítima por vía de legado o de donación.

La STS de 18 julio 2012 nos dice que: "Se distinguen dos tipos de intangibilidad de la legítima: la cuantitativa y la cualitativa. Con el segundo tipo, la ley impide al testador imponer un gravamen al legitimario, mientras que en virtud de la intangibilidad cuantitativa, se impide otorgar menos de lo que por legítima corresponda. El primer tipo está previsto en el art. 813.2 CC, y su incumplimiento produce la anulación del gravamen, mientras que el segundo se encuentra en el art. 815 CC y da lugar al complemento de la legítima. Por tanto, ninguno de estas lesiones produce la nulidad... Pero en cualquier caso, la intangibilidad abre las acciones que éste (el legitimario) tiene para corregir las disposiciones que le perjudican". Por su parte, la STS 28 de septiembre

de 2005 hace la importante afirmación de que nuestro sistema: "se califica como de reglamentación negativa, dado que la Ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente y, por cualquier título, el deber de atribución y confiere al legitimario (artículo 763.2 del Código Civil), para el caso de que se superen en su perjuicio los límites establecidos, la facultad de ejercitar las acciones de defensa cuantitativa de su legítima".

3.º Situación del legitimario a quien el testador manifestó en su testamento que le dejó su legítima por vía de donación.

En la RDGRN de 25 de febrero de 2008 se trata de un testamento en que la testadora nombra herederas por iguales partes a dos de sus tres hijas, afirmando que a su tercera hija le donó una finca, con lo que quedó satisfecha su legítima. En la escritura de adjudicación las dos instituidas se adjudican todos los bienes por mitad en proindiviso, sin intervención de la tercera hija. La Registradora suspende la inscripción por falta del consentimiento de la legitimaria. La DGRN confirma la nota de calificación, con los argumentos transcritos en la R de 13 de junio de 2013.

El criterio de la DGRN es, a nuestro juicio, equivocado, porque si es cierto y, claro está, se prueba que existió esa donación, el legitimario no podrá reclamar nada, pero si la misma existió y no fue suficiente para cubrir su legítima podrá ejercitar la acción de complemento de la misma, en base al artículo 815 del CC en los mismo términos estudiados anteriormente, pero si tal donación no existió o no se prueba su existencia, nos encontraríamos con que la testadora ha privado de su legítima a una de sus hijas, en base a una causa falsa, lo que nos lleva a calificarla como un supuesto de injusta desheredación.

La STS de febrero de 1981 recoge la afirmación de que: "siendo la desheredación, en un sentido amplio, toda privación de la herencia, en un sentido estricto, ha de estimarse como tal la privación a un heredero legitimario de la porción de herencia que por derecho le corresponde, desposeimiento que, en el caso presente, se produce, porque el actor, ahora recurrente, nada percibió de su madre antes ni después del fallecimiento de la misma, la que en la cláusula primera de su testamento afirma que: 'Nada lega a su hijo Teodoro por haberle dado ya la testadora mucho más de lo que por legítima acreditaría'", aunque después llegue a la conclusión esta sentencia que al quedar probado que efectivamente recibió algunos bienes el legitimario por vía de donación: "en este caso el único derecho que asiste al heredero forzoso es el de pedir el complemento de su legítima". L. B. ("Derecho de Sucesiones". T II con S. R., p 180. Ed Bosch, Barcelona 1973). Confirma lo expuesto al aceptar la opinión de los que "con criterio amplio creen que cualquier legitimario realmente mencionado en el testamento, a cualquier propósito (se reconozca o no su condición familiar, se le deje o no algo), podrá ser un desheredado sin causa o tener derecho a un suplemento, pero no es un preterido".

El Auto del TS 10 de febrero de 2016 se manifiesta en esa misma dirección, no admitiendo el recurso planteado con los siguientes argumentos: "Frente a ello, la sentencia recurrida, tras la valoración de la prueba, confirma lo dispuesto por la sentencia de primera instancia y concluye que habida cuenta que las actoras, a la sazón nietas de la testadora y que suceden por derecho de representación a sus padres premuertos, no han recibido en vida de la testadora bien alguno, que pueda imputarse a lo que les corresponde por legítima, en consecuencia y a pesar de que en su testamento no existe una desheredación expresa, por cuanto dice que sus nietas no reciben nada en este testamento, por haber recibido ya bienes suficientes para cubrir su legítima en vida de la testadora, no ha quedado acreditada la indicada entregada de bienes, ni ha justificado la razón que se expresa en el testamento para denegar bienes a las actoras..... En consecuencia, no se infringe la doctrina alegada, por cuanto para infringirse debería haberse acreditado el pago por cualquier título de la legítima a las actoras y, por tanto, la donación que dice la testadora haberlas efectuado y nada de ello se ha probado. Lejos de ello la sentencia recurrida en casación aplica la doctrina de esta

Sala sobre la materia, como son las Sentencias de fecha 5 de octubre de 1991, 6 de abril de 1998, 9 de julio de 2002. Y concluye, por tanto, que hay desheredación, sin expresión de causa tasada, y por tanto es nula la cláusula 2.<sup>a</sup> y la institución de heredero en cuanto perjudique la legítima estricta del resto de herederos con derecho a la misma".

El Tribunal Supremo en una conocida sentencia de 2 de octubre de 2014, en el que el testador declaró en su testamento que a su único hijo le había donado en vida el cuadro de un importante pintor, instituía heredera a su mujer y designa contador partidor, tras estimar, que efectivamente el hijo no había cobrado lo que por legítima le correspondía, la defensa de esta legítima la centra en el ejercicio de la acción de complemento y en modo alguno en la intervención de la partición, al decir: "Es claro que, ante el testamento otorgado por el causante, su hijo don B no podía solicitar partición alguna pues se le había asignado un concreto bien para pago de su porción legítima, siendo, por tanto, la vía declarativa la adecuada para reclamar sus derechos hereditarios reconocidos por ley y solicitar el complemento de dicha legítima; siendo cierto que incluso el proceso especial de división de patrimonios hereditarios (arts. 782 y ss. LEC) finaliza, a falta de acuerdo, con la celebración de un juicio ordinario (artículo 787.5)".

A la vista de estas decisiones de nuestro más Alto Tribunal reiteramos nuestra postura con argumentos semejantes a los expuestos anteriormente. Creemos que, partiendo de los artículos 850 y 815 del CC, el legitimario que se crea perjudicado en su legítima, por no haber recibido donación alguna, a pesar de lo afirmado por el testador o que las recibidas han sido insuficientes, podrá negar la existencia o insuficiencia de tales donaciones y reclamar lo que le corresponda, siendo los herederos los que habrán de probar la existencia o suficiencia de las mismas. Se produce una inversión de la carga de la prueba; son los herederos los que habrán de probar que lo afirmado por el testador es cierto. Al legitimario le bastará con negar y reclamar, pero lo que en modo alguno deberá consentir previamente la partición y consideramos abusivo y sin base legal alguna, exigir su consentimiento o intervención en la partición. En todas las sentencias contempladas se le reconoce esos derechos a los legitimarios, se anula la institución de heredero en cuanto perjudique la legítima, se reducen las disposiciones testamentarias, pero en ninguna de ellas se declare la nulidad de la partición efectuada por no comparecer o intervenir en ella el legitimario al que no se le dejó lo que le correspondía.

4.º ¿Queda desprotegido el legitimario por tener que oponerse judicialmente a lo ordenado por el testador?

Eso es lo que parece sostener la DGRN en la R de 29 de junio de 2017, que reitera en la de 17 de septiembre de 2018, al considerar que: "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". Para ello se apoya, en parte, en 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 y aplicación indebida de los 1075 y 1079 en relación con los 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".

Con todos los respetos discrepamos de estas afirmaciones de la DGRN. Discrepamos porque no se trata, como dice la resolución, de dejar al legitimario a expensa de unas acciones ejercitables tras la partición hecha y consumada, ya que estas acciones las puede ejercitar antes de la partición; efectivamente, las podrá ejercitar y solicitar al juez medidas cautelares, entre las que estará seguramente la de ordenar a los herederos que se suspenda la partición hasta que se determine los derechos correspondientes al legitimario. Entonces, si los herederos incumplen la prohibición ordenada por el juez, se producirá la nulidad de la partición efectuada, además de poder ser un supuesto del artículo 1080 del CC, al que luego nos referiremos. En el caso de que no ejerciten estas acciones, antes de la partición, es cuando podrán ejercitar las otras acciones en defensa de su derecho. Si el consentimiento de los legitimarios fuese necesario para la partición, como sostiene la Dirección, al prescindirse de ellos, no se trataría de acciones rescisorias o de complemento de legítima, si no de acciones que provocarían la nulidad de la partición hecha, pues faltaría un consentimiento necesario para su validez. Es contradictorio, por tanto, exigir el consentimiento para la partición de los legitimarios, cuando no fueron llamados a la herencia, como en el caso de este recurso y después admitir que podrán ejercitar acciones diferentes a la de nulidad.

La DGRN en las RR citadas considera que si por el legitimario se ejercita las acciones que protegen su legítima, practicada la partición de la herencia, puede convertir su legítima, en "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. Esta afirmación creemos que debe matizarse. El precepto aplicable es el artículo 1080 del CC que dispone: "La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda". Es decir que, si hubo mala fe por los herederos al prescindir de quien debía intervenir en la partición, no es que, a elección de los herederos, se le compense en metálico, es que la partición es rescindible. El Tribunal Supremo incluso es más rotundo, pues la considera nula en S de 31 de mayo de 2010. "Las demandadas, al practicar la partición, tenían conocimiento (hecho probado e indiscutido) de la existencia de su hermana, coheredera, como ellas, de la herencia de su padre, por lo menos en cuanto a la legítima. El prescindir de la misma implica caer en la sanción de nulidad, que establece el artículo 1080 del Código civil al concurrir mala fe en los sujetos de partición". Si es nula deberá procederse a realizar una nueva partición, interviniendo ya el legitimario que debió participar en ella, en cuyo caso cobrará en bienes de la herencia. El artículo 1080, como sabemos, no se refiere aquí a la preterición del artículo 814, sino a la omisión de quien es parte en la partición hereditaria, aunque no esté llamado a título de heredero.

Pero es que si sostuviéramos que no se trata de una nulidad radical, sino de un supuesto de rescisión, avala aún más lo que venimos sosteniendo, pues el negocio rescindible, como lo define C., es aquel válidamente celebrado pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero podrá ser declarado ineficaz a petición del perjudicado. Es decir que se trata de un negocio válidamente celebrado, por lo que si la intervención del legitimario en la partición, en el caso de este recurso, fuera necesaria, el negocio sería nulo, no rescindible y, entre los caracteres de esta acción, se destaca que

es una acción provocada: Ya que exige el ejercicio de la correspondiente acción y relativa: Sólo el perjudicado puede ejercitarla acción (D. P.).

Si hubo buena fe en los herederos, es cuando el artículo 1080, sigue el criterio favorable al mantenimiento de la partición, pero téngase en cuenta que la buena o mala fe se exige a los herederos que practican la partición y no al testador al otorgar el testamento. En estos casos efectivamente existe la posibilidad de que el legitimario cobre su legítima en metálico, pero ello es así por permitirlo un precepto legal, como en otros supuestos de cobro en metálico, pero no porque arbitrariamente los herederos quieran pagar de esta forma al legitimario.

Aplicando los razonamientos anteriores a la partición otorgada ante mí, objeto de este recurso, podría ocurrir que efectivamente esas donaciones cubriesen la legítima, en cuyo caso la actuación de las herederas es del todo correcta. Pero también podría darse el caso que las herederas conocieran que no hubo donación alguna, en cuyo caso estaríamos ante una desheredación o que las donaciones manifestadas no cubrían la legítima de su hermana, en cuyo caso, procedería la acción de complemento de la legítima, en uno y otro caso habrían actuado de mala fe y la legitimaria podrá, si quisiera, ejercitar la acción de nulidad o de rescisión de la partición, percibiendo su legítima en bienes de la herencia. Pero puede ocurrir que las herederas ignorasen que el testador había fingido la existencia de las donaciones o que había valorado lo donado en cantidad superior a la real, en cuyo caso estarían actuando de buena fe, no procede la nulidad de la partición, si la de pagar a su hermana la parte que le corresponda.

En uno y otro caso, el legislador para proteger al legitimario no le atribuye la facultad de intervenir necesariamente en la partición. No hay norma que lo establezca, se le concede si hay desheredación (las donaciones fueron fingidas) la acción de desheredación que siguiendo a V. (Comentarios al artículo 850 CC, en obra antes citada): "a) El testamento que contenga la desheredación es título bastante para que el instituido heredero obtenga la posesión de los bienes. b) La iniciativa de la acción procesal corresponde al desheredado". Si hay que completar la legítima la acción de complemento, en la que la iniciativa procesal, como en el caso anterior, corresponderá al legitimario.

Cita la RR que comentamos la STS de 8 de marzo de 1989, parece que para apoyar que las acciones anteriores deben ejercitarse antes de la partición, transcribiendo el párrafo siguiente: "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". Naturalmente que no podrán ejercitarse estas acciones, sin determinar lo que en ella se dice, pero eso puede hacerse en sede extrajudicial o judicial y si lo es en sede judicial deberá hacerse antes o después de la partición.

Tercero. De la interpretación de las normas jurídicas.

Ciertamente éste, como tantos otros temas jurídicos, son discutibles, pero no lo es menos, que en la interpretación de las normas jurídicas deben seguirse las pautas que nos marca el artículo 3 del CC, entre las que se encuentra la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Así lo viene haciendo el Tribunal Supremo en muchas de sus sentencias, como en la de 10 de abril de 1995, al considerar que: "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas... contiene solo una llamada a la profundización en el conocimiento de la realidad social para descubrir mejor el espíritu y finalidad de aquélla, en relación con los demás elementos hermenéuticos".

Siempre una partición hereditaria puede ser una fuente de conflictos entre los interesados en ella, pero esos conflictos se agudizan cuando los lazos afectivos entre los llamados son menos intensos. La realidad española nos presenta el llamamiento a una misma sucesión como legitimarios a hijos de distintos matrimonios, a hijos de un primer

matrimonio llamados con el cónyuge del segundo matrimonio del causante, parejas no casadas con hijos o sin ellos etc. Ello hace que deba facilitarse al máximo que el testador adopte las medidas que considere más oportunas para que a su fallecimiento esos conflictos no se den o sean lo más leves posibles. Entre ellos está, qué duda cabe, distribuir en vida algunos de sus bienes por vía de donación, considerando con ello pagada la legítima o incluso, mucho más de lo que por legítima pueda corresponderle a algunos de sus legitimarios. No se le quiere perjudicar, pero si evitar que obstaculice, en su día, la partición hereditaria. Si se exige la intervención de este legitimario en la partición la finalidad lícita perseguida por el testador queda frustrada. Nadie dice que se le perjudique en su legítima, se sostiene que la defiende judicialmente, pero no que obstaculice injustamente una partición de una herencia a la que su padre no le había llamado.

No existen argumentos convincentes para sostener, como regla general, que unos padres pretendan injustamente perjudicar a unos hijos, más puede darse el caso contrario que los hijos legitimarios no estén conformes con las decisiones justas o equitativas adoptadas por los padres. Exigiendo la intervención en la partición de un legitimario al que se le donó, según el testador, bienes que cubren su legítima, se le está facilitando incumplir la voluntad de su padre.

La tendencia actual es reducir la legítima o incluso algunos hablan de su supresión por considerarla excesiva o desfasada. No entramos en esa polémica, pero sí creemos que no puede en los momentos actuales ponerse mayores exigencias y restricciones a quien quiera ordenar su sucesión con los medios que el ordenamiento le ofrece o que estos medios empleados resulten ineficaces o, al menos, no produzcan los efectos que lógicamente deberían producir.»

#### IV

El registrador de la Propiedad informó mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2018 y elevó el expediente a esta Dirección General.

#### Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 3, 657, 658, 806, 807, 813, 814, 815, 817, 818, 821, 826, 841, 842, 843, 844, 847, 850, 851, 1056, 1057, 1058, 1059, 1075, 1079, 1080 y 1082 del Código Civil; 15 de la Ley Hipotecaria; 80.2 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de mayo de 1983, 8 de marzo y 8 de mayo de 1989, 20 de noviembre de 1990, 2 de diciembre de 1991, 18 de julio y de 22 de octubre de 2012 y 2 de octubre de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de 27 de febrero de 1982, 25 de septiembre de 1987, 20 de septiembre de 1988, 3 de febrero de 1997, 13 de septiembre y 20 de octubre de 2001, 29 de marzo de 2004, 13 de enero y 1 de marzo de 2006, 25 de febrero y 17 de octubre de 2008, 9 de marzo de 2009, 6 de marzo y 23 de mayo de 2012, 18 de febrero y 13 de junio de 2013, 12 y 16 de junio, 4 de julio, 15 de septiembre, 21 de noviembre y 29 de diciembre de 2014, 3 de marzo y 16 de octubre de 2015, 2 de agosto de 2016, 10 de abril y 29 de junio de 2017 y 22 de febrero, 5 de julio, 2 de agosto, 10 y 17 de septiembre y 31 de octubre de 2018.

1. Mediante el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de partición y adjudicación de herencia con las siguientes circunstancias relevantes:

a) En el testamento que sirve de base a las adjudicaciones el causante ordenó unos legados a favor de su cónyuge y de dos de sus hijas, a quienes además instituyó herederas por partes iguales, y manifiesta que la legítima estricta de otra de sus hijas ha sido satisfecha en vida, en los términos que del mismo resultan (determinadas cantidades que ahora imputa al pago de su legítima: por rentas y gastos de comunidad por el arrendamiento de determinada vivienda, que debía haber satisfecho dicha hija

como arrendataria; así como otras cantidades por un préstamo que había reintegrado el testador, cuando realmente debía reintegrarlas la misma hija).

La escritura de partición y adjudicación de herencia es otorgada únicamente por la viuda y las dos hijas instituidas herederas, quienes manifiestan que, conforme a lo dispuesto por su padre en su testamento, a su hermana no compareciente le ha sido satisfecha su legítima en vida y lo recibido por ella excede de su legítima estricta.

b) En esencia, el registrador de la Propiedad fundamenta su negativa a la inscripción en que la legitimaria y heredera forzosa a la que el testador había satisfecho en vida su legítima estricta, en la forma que en su testamento se expresa, debe concurrir en la partición de la herencia o ratificar la que se ha realizado, por aplicación de artículos 658, 806, 807, 808 y 1058 del Código Civil y reiteradas Resoluciones de esta Dirección General, como las de 25 de febrero de 2008 y 17 de septiembre de 2018.

c) La notaria recurrente alega, en esencia: que las resoluciones de esta Dirección General citadas por el registrador en su calificación contradicen la doctrina de este mismo Centro sobre el valor atribuido al título sucesorio en casos de preterición y desheredación; que, para proteger la legítima el Código Civil atribuye al legitimario la acción de complemento de legítima, en el artículo 815, y la acción de reducción de disposiciones inoficiosas, en el artículo 817, y ninguna norma exige que intervenga en la partición para fiscalizarla; que el legitimario no queda desprotegido por tener que oponerse judicialmente a lo ordenado por el testador, pues antes de la partición puede ejercitar las acciones que le corresponden; y que deben interpretarse las normas atendiendo a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3 del Código Civil), de modo que debe facilitarse que el testador distribuya en vida algunos de sus bienes por vía de donación, en pago de la legítima que pueda corresponder a algunos de sus legitimarios, y así evitar que obstaculice, en su día, la partición hereditaria.

2. La cuestión planteada debe resolverse según la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones de 25 de febrero de 2008, 13 de junio de 2013, 15 de septiembre y 29 de diciembre de 2014, 2 de agosto de 2016, 10 de abril y 29 de junio de 2017 y 22 de febrero, 5 de julio, 17 de septiembre y 31 de octubre de 2018, entre otras citadas en el apartado «Vistos» de la presente).

Como afirmó en su Resolución de 1 de marzo de 2006, 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 la misma (artículo 1057, párrafo primero, 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 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).

La necesaria intervención del legitimario ha sido exigida, entre 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 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 (...), ha 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. También la Sentencia de 18 de julio de 2012 pone de relieve que el legatario que es también legitimario debe intervenir y consentir la partición practicada por los herederos, pues lo contrario podría permitir que se repartiese la herencia sin tener en cuenta sus derechos legitimarios.

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.

Como afirmó esta Dirección General en Resolución de 2 de agosto de 2016, cuando la legítima es «pars hereditatis», «pars bonorum» o «pars valoris bonorum», el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, puede interponer el juicio de testamentaria y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador-partidor.

Por todo ello, no puede compartirse el criterio de la recurrente según el cual las citadas resoluciones de este Centro Directivo contradicen la doctrina del mismo sobre el valor que se atribuye al testamento como título de la sucesión en la Resolución de 2 de agosto de 2018. Una cosa es que, según dicha Resolución, se concluya que, a efectos registrales, es necesaria una declaración judicial previa de nulidad del testamento, o de la institución de herederos ordenada en el mismo, por causa de preterición de alguno de los herederos forzosos así como para la determinación del carácter de la preterición como errónea o intencional, y otra cosa es que se prive al legitimario de su derecho a intervenir en la partición que practiquen los herederos para así velar por la intangibilidad de su legítima. Y es que, en un caso como el presente, no se trata de la ineficacia del título de la sucesión sino de garantizar al legitimario que no ha sido desheredado la «pars bonorum» en que consiste su legítima, por lo que como cotitular del activo hereditario debe intervenir en la determinación y adjudicación del mismo. Si se tuviera que pasar, aun provisionalmente, por la declaración del testador o de los herederos sobre el hecho de que ya hubiera recibido su legítima, quedaría reducida su posición respecto de la que el propio legislador le atribuye al calificarlo como heredero forzoso. Por lo tanto, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (artículo 1057, párrafo primero, del Código Civil), y aunque el testador considere que el legitimario ha sido satisfecho en sus derechos, la comparecencia e intervención de éste es inexcusable, a fin de consentir las operaciones particionales de las que resulte que no se perjudica su derecho de carácter forzoso.

Por otra parte, respecto de la pretendida asimilación del presente caso al de desheredación injusta, debe tenerse en cuenta que una cosa es que en esta última hipótesis deba pasarse, al realizar la partición, por la declaración de desheredación expresada por el testador mientras el desheredado no contradiga judicialmente la



certeza de la causa de desheredación (vid. artículo 851 del Código Civil), y otra cosa bien diferente es que en casos como el del presente recurso, aun respetando el valor del testamento como ley de la sucesión y la voluntad del testador de satisfacer la legítima del heredero forzoso con las cantidades recibidas por éste en vida de aquél, deba intervenir dicho heredero forzoso en la partición -a falta de partición realizada por el propio testador o por otra persona designado por el mismo- para comprobar que, en el preciso momento de la apertura de la sucesión, lo recibido en pago de su legítima es suficiente habida cuenta del caudal relicto y después de practicar todas las operaciones de liquidación de dicho patrimonio y de fijación de la legítima individual. Es esta última comprobación la que no puede quedar al arbitrio, no ya de testador que no ha practicado la partición ni la ha encomendado a nadie, sino de los herederos quienes -con evidente interés personal en la partición- manifiestan que consideran que dicho legitimario ya ha recibido más de lo que por legítima le correspondía. No habiendo hecho uso el testador del instrumento de la desheredación, debe partirse tanto de la voluntad expresada en el testamento como del principio de intangibilidad de la legítima. Por ello, no pudiendo el causante conocer el valor real de sus bienes y derechos a la hora de la apertura de la sucesión, no puede quedar a la sola decisión de los herederos la comprobación de que se respete la legítima de quien no ha sido designado coheredero y, por ende, que se ejecute la voluntad del testador de reconocer a dicho heredero forzoso su derecho a la legítima.

Tampoco se comparte la opinión de la recurrente según la cual, de admitir su tesis, no se deja al legitimario a expensas de unas acciones ejercitables tras la partición hecha y consumada, al poder ejercitarse las referidas acciones antes de la partición. Y es que difícilmente se podrán ejercitar tales acciones antes de la partición y solicitar del juez medidas cautelares si, precisamente, se permite a los herederos practicar la partición sin intervención e incluso sin conocimiento del legitimario.

Por último, respecto del argumento de la recurrente basado en la necesidad de interpretar las normas atendiendo a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3 del Código Civil), de modo que debe facilitarse que el testador pueda evitar conflictos distribuyendo en vida algunos de sus bienes por vía de donación, considerando con ello pagada la legítima que pueda corresponder a algunos de sus legitimarios, y así evitar que obstaculice, en su día, la partición hereditaria, lo cierto es que el mismo resultado puede obtenerse por otros cauces legalmente previstos, como es la partición practicada por el mismo testador (artículo 1056 del Código Civil) o la designación de una persona para efectuar la liquidación y partición de herencia (artículo 1057, párrafo primero, del Código Civil).

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, 14 de febrero de 2019.-El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.