

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**6345** *Resolución de 6 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Olivenza, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y partición de herencias.*

En el recurso interpuesto por doña María del Rosario Solo de Zaldívar Maldonado, Notaria de Olivenza, contra la calificación de la Registradora de la Propiedad de Olivenza, doña Cristina Martínez de Sosa, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y partición de herencias.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada por la Notaria de Olivenza, doña María del Rosario Solo de Zaldívar Maldonado, los hermanos doña J., doña M. A. y don F. T. N., otorgaron operaciones particionales ocasionadas por el óbito de sus padres, don M. T. F. y doña J. N. D. A los efectos que interesan en este expediente, la compareciente doña J. T. N. es viuda a la fecha de otorgamiento. No se hace ninguna otra manifestación referente a su estado civil anterior a este momento, ni relativa a la época de fallecimiento de los respectivos causantes. El primer causante, don M. T. F., falleció el día 20 de mayo de 2005, y la segunda causante, doña J. N. D., falleció el día 18 de junio de 2014.

En la escritura de partición referida, los testamentos de ambos causantes, tras legar el usufructo universal y vitalicio a su respectivo cónyuge, instituyen herederos universales en todos sus bienes derechos y herencia a sus tres hijos por partes iguales, sin hacer acto de partición alguno ni disposiciones particulares. Y los tres herederos, practican la partición adjudicándose los dos bienes de la herencia –dos locales– por partes indivisas tanto en la herencia de su padre como de su madre, quedando dueños cada uno de ellos, de dos sextas partes indivisas, esto es, una tercera parte indivisa por cada una de las herencias.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Olivenza el día 9 de octubre de 2014, retirada el día 23 de octubre de 2014 y presentada de nuevo el día 5 de enero de 2015, siendo objeto de calificación negativa de fecha 16 de enero de 2015 que, a continuación, se transcribe: «Examinada la precedente escritura, otorgada en Olivenza el 02/10/2014 ante la Notario doña María del Rosario Solo de Zaldívar Maldonado, con el número 955/2014 de su protocolo, y calificada con fecha dieciséis de enero de dos mil quince, se suspende la inscripción de Aceptación y Partición de Herencia interesada sobre la finca a que la misma se refiere, en base a lo siguiente hechos y fundamentos de derecho: La escritura calificada fue presentada en este Registro a las 09:10 del día 09/10/2014, bajo el asiento número 785 del tomo 86 del Diario, habiendo sido retirada la misma por la presentante con fecha veintitrés de octubre de dos mil catorce y presentada nuevamente por la presentante con fecha cinco de enero del año dos mil quince, acreditándose la liquidación del impuesto correspondiente. En el texto de la citada escritura se interesa la inscripción de Aceptación y Partición de Herencias, sobre la finca a que la misma se refiere, registral número 7.431 del término de Olivenza. Que la competencia de este Registrador de la Propiedad para calificar e inscribir la escritura presentada le viene conferida por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento. Hechos: Primero.–No se hace constar el régimen económico a que estuvo sujeto el matrimonio de

doña J. T. N., que comparece en estado de viuda y concretamente sí, siendo vecina de Olivenza fue el régimen legal supletorio en dicha localidad que es el del Fuero del Baylío. De ser así habrá de expresarse la fecha de fallecimiento de su esposo, y si el mismo hubiera fallecido con posterioridad a los causantes don M. T. F. y/o doña J. N. D., será necesaria la comparecencia de los herederos de dicho cónyuge premuerto (acompañando o incorporando su certificado de defunción y el del registro de actos de última voluntad, así como su testamento o el acta o auto de declaración de herederos abintestato) Fundamentos de Derecho: Primero.—El Fuero del Baylío, régimen legal supletorio en Olivenza, genera en el momento de la disolución por fallecimiento de unos de los cónyuges una comunidad universal; es decir, si bien en vida de ambos cada uno de los cónyuges puede libremente disponer de sus bienes privativos, fallecido uno cualquiera de ellos se hacen comunes todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que pertenecieran a uno y otro, adquiridos por cualquier título, oneroso o lucrativo; así resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de ocho de Febrero de mil ochocientos noventa y dos, Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de cuatro de mayo de dos mil y tres de abril de dos mil dos y Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de diecinueve de agosto de mil novecientos catorce y de once de agosto de mil novecientos treinta y nueve. Por tanto en el presente caso formarían parte de dicha comunidad universal del matrimonio de doña J. T. N. los bienes o derechos de contenido patrimonial adquiridos por ella por fallecimiento de su padre y/o de su madre, en el caso de que el fallecimiento de su esposo se produjera con posterioridad al de uno u otro progenitor. Siendo por tanto necesaria la comparecencia de los herederos de su premuerto esposo, en cuanto partícipes en la comunidad hereditaria para la partición convencional, conforme al artículo 1.058 del Código Civil y la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz de dieciséis de junio de dos mil, así como acompañar el testamento o el acta o auto de declaración de herederos abintestato y los certificados de defunción y del registro general de actos de última voluntad del citado cónyuge premuerto, conforme a los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 76 y 78 de su Reglamento. A la vista de los precedentes hechos y fundamentos de derecho, Acuerdo: Primero: Suspender la inscripción de Aceptación y Partición de Herencias por el defecto que se considera subsanable, reseñado en el apartado de hechos que precede, al que me remito para ello y doy por reproducido en este lugar, con el fin de evitar repeticiones innecesarias; no tomándose anotación de suspensión, por no haberse solicitado.—Segundo: Notificar esta calificación al presentante y al Notario autorizante de la escritura, haciéndoles saber que la calificación negativa que precede, extendida por el Registrador que suscribe, podrá (...) Olivenza, a dieciséis de enero de dos mil quince (firma ilegible). Fdo.: Doña Cristina Martínez de Sosa».

## III

El día 10 de febrero de 2015, doña María del Rosario Solo de Zaldívar Maldonado, Notaria de Olivenza, interpuso recurso contra la calificación, en el que, en síntesis, alega lo siguiente: «(...) En la herencia que tratamos, quien es llamada a la misma, es, entre otros, la heredera, cuyo estado civil es "viuda", o sea, doña J. T. N. y no la comunidad hereditaria integrada por dicha viuda, y los herederos de su finado esposo. a) La viuda, aunque acepte y se adjudique la herencia de sus padres, con posterioridad al fallecimiento de su cónyuge, los efectos de dicha aceptación y adjudicación, se retrotraen al fallecimiento de sus padres, y en ese preciso momento, ella estaba casada y no viuda. Según el artículo 989 del código Civil "Los efectos de la aceptación y repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda". Por tanto, produce efectos retroactivos. Si en esa misma aceptación y partición, la viuda estuviera casada en régimen del Fuero del Baylío, no exigiríamos la comparecencia de su cónyuge, pues el derecho a aceptar y repudiar esa herencia o cualquier otra herencia, corresponde al heredero de los fallecidos, y no a su cónyuge, aun cuando el régimen económico de su matrimonio sea el del Fuero del Baylío. No sólo se retrotraen los efectos de la aceptación, sino también los efectos de la partición. Prueba de ello, es que fiscalmente para calcular el valor del usufructo que corresponde del cónyuge-viudo, se tiene en cuenta los años que tenía la

viuda o el viudo en el momento de fallecimiento de su cónyuge, y no la edad de la viuda en el momento de la partición; al igual que en Impuesto sobre el Incremento de los Bienes de Naturaleza Urbana, que según el artículo 109 del RDL 2/2004, de 5 de marzo, establece que el devengo del impuesto cuando se transmita la propiedad del terreno, ya sea a título oneroso o gratuito, entre vivos o por causa de muerte, en la fecha de la transmisión (o sea, en los supuestos de "mortis causas", la transmisión se produce el mismo día del fallecimiento y no cuando se acepta o adjudica la herencia ante el Notario/a), entre otros muchos casos que podríamos citar. Los herederos del finado-cónyuge, tienen una expectativa de derecho, pero en esta herencia en cuestión, no tienen ni adquieren derecho alguno, pues ellos, no son los llamados a la misma en calidad de herederos, no aceptan ni adquieren de los padres de la viuda, si no, sólo adquirirían, en el hipotético caso, que aceptaren la herencia del finado-cónyuge de la viuda. Ellos no son llamados a la herencia de los padres de la viuda, no son herederos de los padres de la viuda, la llamada, en concepto o calidad de heredera, sería la viuda. b) Si la viuda renunciara a la herencia de sus padres, los herederos del finado-cónyuge, no tendrían, ni esa expectativa de derecho. La viuda tiene plena libertad para aceptar o repudiar la herencia de sus padres, y la comparecencia o no de los herederos del finado-cónyuge, no puede limitar ese derecho, que por ley tiene la hija y heredera de los primeros causantes, o sea, la viuda. No hay que olvidar, que tanto la aceptación como la repudiación, son actos unilaterales no recepticios porque ni la voluntad del aceptante y/o repudiante, se une a ninguna otra, ni para su perfección necesita ponerse en conocimiento de nadie, y esta facultad corresponde a la viuda, como heredera llamada a esa herencia y no a los herederos del finado-cónyuge. c) En el régimen del Fuero del Baylío, se hacen comunes, y por tanto objeto de liquidación de la sociedad conyugal, los bienes del matrimonio, los privativos de cada uno de ellos adquiridos antes del matrimonio y los privativos de cada uno de ellos adquiridos durante el matrimonio, y esta comunicación se produce, en el momento de la disolución del matrimonio, por fallecimiento de uno de los cónyuges, pero no tiene lugar con anterioridad, o sea, cuando fallecen los padres de la viuda (que es cuando se retrotraen los efectos de la aceptación y partición de esa herencia, aunque se formalice con posterioridad), pues en ese momento vivía el cónyuge de la viuda; por tanto, los bienes de esa herencia, son privativos de la viuda. Cosa distinta, es que la viuda, quisiera disponer de dichos bienes heredados, inter-vivos, tras el fallecimiento de su cónyuge, en cuyo caso, sí precisaría del consentimiento de los herederos del finado cónyuge, pues la mitad de esos bienes (el dimidio correspondiente por el Fuero del Baylío) que adquirió la viuda por herencia de sus padres, sí corresponden a los herederos del finado. d) Si exigiéramos la comparecencia de los herederos del finado-cónyuge en la herencia de los primeros causantes (padres de la heredera-viuda), estaríamos condicionando la plena libertad que tiene la viuda para aceptar o repudiar la herencia de sus padres, en la cual es ella y no un tercero (o sea, los herederos del finado-cónyuge), la que libremente decide si adquiere o no adquiere los bienes y/o derechos que forman parte de la misma; pues no olvidemos que puede aceptar o puede repudiar; y si renunciara la viuda, no exigiríamos dicha comparecencia; debemos dar el mismo tratamiento, tanto en una aceptación como en una repudiación. Según el Código Civil, artículo 988 "La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres", caracterizando, por tanto a la aceptación y/o repudiación como actos voluntarios y libres. Si exigiéramos la comparecencia de los herederos del finado-cónyuge en la herencia de los primeros causantes, el hecho de comparecer, implicaría una aceptación tácita, por parte de ellos, de la herencia del finado-cónyuge, según el artículo 1.000 del Código Civil. A nadie se le puede exigir una comparecencia que implique una aceptación tácita de una herencia que nada tiene que ver con la que se formaliza, iríamos contra el tenor literal del artículo 988 del Código Civil. Si se negaran a comparecer los herederos del finado-cónyuge, se estaría limitando injustamente el derecho libre y personalísimo a aceptar de la viuda. Podría ser que dichos herederos, quisieran renunciar a la herencia del finado-cónyuge. Les estaríamos exigiendo una comparecencia en una herencia en la que no adquieren derecho alguno ni son interesados, cuya comparecencia implica una aceptación tácita de otra herencia, a la que quieren renunciar.

Todos estos argumentos, me llevan a plantearme las siguientes cuestiones: 1.º)–¿Hay que indagar sobre el régimen económico matrimonial de una viuda en la comparecencia que hace para aceptar la herencia de sus padres, independientemente de la vecindad de la misma? ¿Tendría el mismo tratamiento, si la viuda compareciente, en vez de estar domiciliada en una población en la que rige el Fuero del Baylio, viviera en otra población donde no rige tal régimen, por ejemplo, Madrid? "Donde la ley no distingue no debemos distinguir" 2.º)–Y si la compareciente que quisiera aceptar la herencia de sus padres, ¿está casada en segundas nupcias?, Ni siquiera el Notario, cuando manifiesta la compareciente como estado civil "casada", le pregunta: ¿en primeras, segundas, o... nupcias?, Por el hecho de manifestar estar casada, no se nos plantea, la necesidad de esta comparecencia de los herederos del finado-cónyuge, y puede ocurrir, que esté casada en segundas nupcias, y formalice una herencia de sus padres, fallecidos antes que su primer esposo, y formalizada con posterioridad al fallecimiento de este último, pero, con estado civil, de "casada" en segundas nupcias, ¿qué haríamos en este caso concreto? ¿nos deberíamos plantear lo mismo que analizamos? 3.º)–¿Qué ocurriría, si una señora en estado de viuda, quisiese elevar a público un documento privado de venta con fecha fehaciente, que firmó en estado de casada, vendiendo un bien heredado de sus padres, y quisiera elevarlo a público, con posterioridad al fallecimiento de su cónyuge? ¿También exigiríamos en este caso la comparecencia de los herederos de su cónyuge fallecido? 4.º)–La comparecencia necesaria de los herederos del finado-cónyuge, según la calificación registral, iría contra la práctica consuetudinaria o costumbre del lugar en el que rige el Fuero del Baylio, pues esta comparecencia no se ha exigido en casos similares, ni desde el punto notarial ni registral, concretamente en nuestro Distrito Hipotecario. De acuerdo con todos estos argumentos expuestos, opino que la comparecencia de los herederos del finado-cónyuge, no sería necesaria para formalizar la viuda la aceptación y partición de la herencia de sus padres; hay que distinguir con claridad, sin mezclar derechos, por un lado la herencia de los padres de la viuda, y por otro lado, la herencia del finado-cónyuge. En este caso, sería necesario, hacer constar en la comparecencia de la escritura, los datos de la fecha del fallecimiento del cónyuge de la viuda, así como cuál fue el régimen económico de su matrimonio; todo ello, con una advertencia notarial, de que en caso de querer disponer la viuda por actos inter vivos o mortis causa, de dichos bienes heredados, precisaría sine qua non del consentimiento de los herederos de su cónyuge, por el dimidio que le corresponde a éste (cónyuge-finado), por el Fuero del Baylio; datos necesarios que precisan ser reflejados en la nota de información registral, preferente a los bienes heredados por la viuda, indicando expresamente la fecha de la adquisición de la viuda (que coincidiría con la fecha del fallecimiento de sus padres y no con la fecha de formalización de escritura de aceptación y partición de la herencia de sus padres)».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 17 de febrero de 2015, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 9, 16, 988, 989, 1.000, 1.058, 1.059 y 1.068 del Código Civil; 9, 14, 42 y 46 de la Ley Hipotecaria; 11.1 de la Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura; 51 y 76 del Reglamento Hipotecario; 159 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1869; 8 de febrero de 1892; 28 de enero de 1896; 30 de octubre y 20 de julio de 2012, y de 11 de noviembre de 2013; las sentencias de la Audiencia Provincial, Sección Segunda, de Cáceres de 2 de noviembre de 1989, de la Audiencia Provincial, Sección Primera, de Badajoz de 4 de mayo y 1 y 16 de junio de 2000, y de la Audiencia Provincial, Sección Segunda, de Badajoz, de 10 de mayo de 1993, y 3 de abril de 2002, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del

Notariado de 19 de agosto de 1914; 10 de noviembre de 1926; 11 de agosto de 1939, y 9 de enero de 1946.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aceptación y partición de herencias en la que concurren las circunstancias siguientes: los causantes fallecieron, uno de ellos en el año 2005 y la otra en el año 2014. Una de las herederas es viuda a la fecha del otorgamiento de la escritura pero no se manifiesta en la misma cuál era su estrado civil a las fechas de apertura de las respectivas sucesiones, ni el momento del fallecimiento de su cónyuge, ni el régimen económico matrimonial de su extinto matrimonio. La vecindad civil de la citada heredera viuda es la de Olivenza, zona de Fuero de Baylío. No se han realizado adjudicaciones concretas y diferencias de bienes a los herederos sino por partes iguales entre sí de cada uno de los bienes del inventario.

La registradora señala como defecto que no se hace constar el régimen económico a que estuvo sujeto el matrimonio de una de las herederas que comparece en estado de viuda y concretamente si, siendo vecina de Olivenza, fue el régimen legal supletorio en dicha localidad que es el del Fuero del Baylío. De ser así, habrá de expresarse la fecha de fallecimiento de su esposo, y si el mismo hubiera fallecido con posterioridad a los causantes, será necesaria la comparecencia de los herederos de dicho cónyuge premuerto.

La Notaria recurrente alega que los efectos de la aceptación y repudiación de la herencia se retrotraen al momento de la muerte del causante, por lo que si en esa época la heredera viuda al otorgamiento estaba casada o soltera, no precisaba autorización de su cónyuge para cualquier acto dispositivo; que los herederos de fallecido cónyuge de la heredera, tienen una expectativa de derecho, pero no tienen ni adquieren derecho alguno, y sólo lo adquirirían, en el hipotético caso de que su madre aceptase las herencias de los suyos; que la viuda tiene plena libertad para aceptar o repudiar la herencia de sus padres, y la comparecencia o no de los herederos del finado-cónyuge, no puede limitar ese derecho porque supone un ataque contra esa libertad de aceptar o repudiar la herencia, ya que es un acto enteramente voluntario y libre, y que son cuestiones distintas la herencia de los padres causantes de la heredera y la de su finado esposo, por lo que basta con una advertencia notarial, de que en caso de querer disponer la viuda, de dichos bienes heredados, precisaría el consentimiento de los herederos de su cónyuge, por el dimidio que le corresponde a éste (cónyuge-finado), por el Fuero del Baylío.

La cuestión es, si habiendo fallecido uno de los causantes tiempo antes de la fecha de la partición, se generan derechos a favor de los herederos del finado cónyuge de la heredera que comparece como viuda, porque en el tiempo de la apertura de la sucesión de su causante, estaba casada en régimen económico matrimonial del Fuero de Baylío. Y en consecuencia, si se hace necesario expresar en la escritura el estado civil y en su caso, el régimen económico matrimonial de la heredera viuda, al tiempo de la apertura de la sucesión de sus causantes; y si lo estuviera en el régimen económico matrimonial del Fuero de Baylío, sería o no necesaria la comparecencia de los herederos del finado habida cuenta la comunidad de bienes que se deriva del citado Fuero.

2. El Fuero llamado del Baylío es una costumbre, de cuyos remotos orígenes no hay constancia cierta, por la que se establece un peculiar régimen económico matrimonial, en virtud del cual, para los casados en ese régimen económico supletorio, se hacen comunes, y por tanto objeto de liquidación de la sociedad conyugal, los bienes del matrimonio, los privativos de cada uno de ellos adquiridos antes del matrimonio y los privativos de cada uno de ellos adquiridos durante el matrimonio, y esta comunicación se produce, en el momento de la disolución del matrimonio, por fallecimiento de uno de los cónyuges, pero no tiene lugar con anterioridad. Todos los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio, antes o después de su celebración, se convierten en comunes, como si fueran gananciales, y se parten por mitad –dimidio– llegado su fin, esto es, llegado el momento de la disolución de la sociedad conyugal, como consecuencia de separación, divorcio o muerte de uno de los cónyuges. Este Fuero establece un régimen económico matrimonial que constituye una auténtica comunidad de bienes a la extinción del matrimonio. En consecuencia, el Fuero

del Baylío, régimen legal supletorio en Olivenza, genera en el momento de la disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges una comunidad universal; es decir, si bien en vida de ambos cada uno de los cónyuges puede libremente disponer de sus bienes privativos, fallecido uno cualquiera de ellos se hacen comunes todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que pertenecieran a uno y otro, adquiridos por cualquier título, oneroso o lucrativo; así resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892.

Pero habida cuenta que la fuente del Derecho que regula este Fuero, es la costumbre, el contenido del mismo, ciertamente está lleno de lagunas del Derecho en este punto, tales como si sus efectos jurídicos comienzan al momento de la celebración del matrimonio en el momento de la disolución, si recae sobre bienes muebles o inmuebles o incluso todo tipo de bienes y derechos sean patrimoniales o no.

El origen del Fuero del Baylío es una incógnita, habiéndose elaborado por la doctrina científica multitud de teorías. La opinión generalizada es que el Fuero del Baylío «...es una carta puebla facilitando el asentamiento en las tierras y lugares conquistados...». Se dice que el origen de los fueros y las cartas pueblas está en el intento de atraer durante la Reconquista, a zonas despobladas o fronterizas, personas que sólo accederían a ello si se les concedían determinados privilegios. Así se entiende por «Derecho privilegiado local el conjunto de normas que con independencia de las generales, ya sea consuetudinarias o escritas, regulan la vida jurídica de los habitantes de una localidad o de varias de ellas, y las relaciones que existen entre esos habitantes con el rey, el señor u otras localidades. El Derecho local así entendido es privilegiado, esto es, que se debe aplicar con preferencia al Derecho general».

Sea una carta o un fuero, el contenido del Fuero del Baylío se refiere únicamente a determinados efectos económicos sobre el patrimonio de los cónyuges.

3. La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz número 127/93, considera al Fuero del Baylío como la versión castellana de la llamada «carta de meatade» portuguesa y dice: «Mayores problemas plantea fijar el tiempo en que puede iniciarse en territorio extremeño la aplicación de la costumbre de "meatade", de neto e indudable influjo portugués».

Con respecto al Fuero del Baylío, el Estatuto de Autonomía de Extremadura tras su modificación por la Ley Orgánica 12/1999, de 7 de mayo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura, establece en su artículo 11.1: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la conservación, defensa y protección del Fuero del Baylío y demás instituciones de Derecho consuetudinario». Y en el artículo 42: «La competencia de los Juzgados y Tribunales de la Comunidad Autónoma de Extremadura será la establecida en las leyes orgánicas y procesales del Estado. No obstante, en materia civil, se extenderá a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en cuestiones relacionadas con el Fuero del Baylío y las demás instituciones de Derecho consuetudinario extremeño».

Previamente, se había acreditado por Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 30 de junio de 1869; 8 de febrero de 1892, y 28 de enero de 1896. También por Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 19 de agosto de 1914; 10 de noviembre de 1926; 11 de agosto de 1939, y 9 de enero de 1946.

4. Algunos de los primeros problemas que se nos presentan al hablar del Fuero del Baylío es el de determinar su naturaleza jurídica y comienzo de la comunidad, así como si estamos ante una ley en sentido amplio o ante una costumbre, ante un derecho consuetudinario. Con carácter general, se ha dicho que el Fuero del Baylío es una costumbre, que trata de tiempo inmemorial y que el pueblo ha venido observando a través de los siglos. Efectivamente, ello es cierto. Pero también lo es que en un determinado momento esta costumbre recibe el reconocimiento y la sanción por parte del Rey Carlos III, quien ordenó que todos los tribunales lo tuvieran en cuenta para la resolución de los pleitos que sobre particiones se les presentaran. Posteriormente, reinando Carlos IV, el

Fuero del Baylío fue incorporado a la Novísima Recopilación. Siendo éste, a juicio de varios autores, el momento en el que la costumbre adquiere rango de norma legal.

En cuanto a sus efectos, las distintas posturas adoptadas por la doctrina y jurisprudencia («Vistos») son coincidentes, en cuanto a afirmar que en los matrimonios sujetos al Fuero del Baylío se produce una comunidad patrimonial en que todos los bienes aportados al matrimonio, antes o después de la celebración, por cualquiera de los cónyuges y cualquiera que sea su procedencia (herencia, donación, etc.), son considerados como comunes y por tanto corresponden por mitad a cada uno de los cónyuges. En donde no hay coincidencia es en cuanto al momento en que se produce la comunicación de los bienes, si en el momento de la celebración del matrimonio o a la hora de la disolución. Cuestión esta muy importante, porque si nos inclinamos por considerar que el Fuero actúa desde el momento de la celebración del matrimonio, tendremos que afirmar la imposibilidad de que un cónyuge pueda disponer de algún bien sin el consentimiento del otro, como, por ejemplo, enajenar una finca que heredó o que compró antes de casarse. Actualmente, la doctrina y jurisprudencia («Vistos») se inclinan por considerar que los efectos del Fuero comienzan, no desde el momento de la celebración, sino desde el momento de la disolución de la sociedad conyugal.

Para apoyar esta tesis se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892, en la que el Alto Tribunal declara que el contenido del Fuero no es la existencia de una comunidad de bienes desde el instante mismo del matrimonio, sino en sujetarlos y comunicarlos todos a la partición como gananciales, y, por lo tanto, durante el matrimonio pueden disponerse de ellos como si se tratara de bienes no comunes y con arreglo y sujeción a las normas comunes del derecho. Con el mismo fin se citan las Resoluciones de 19 de agosto de 1914; de 10 de noviembre de 1926; de 11 de agosto de 1939, y de 9 de enero de 1946 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que recogen la doctrina del Tribunal Supremo.

Así pues, se trata de una comunidad postmortem, que sólo surge al fallecimiento de uno de los cónyuges, que al partir o litigar, hace que todos los bienes, cualquiera que sea su naturaleza y procedencia se partan por mitad entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto. Vemos, pues, que la certidumbre y la seguridad jurídica están un poco alejadas del Fuero del Baylío, pues realmente las doctrinas de este Centro Directivo («Vistos») tampoco son coincidentes en cuanto al momento en que se produce la comunicación de los bienes, o lo que es lo mismo, el momento en que el Fuero comienza a producir efectos. Las dudas sobre el momento en que comienzan los efectos han llegado incluso a nuestros tribunales. Así, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres de 2 de noviembre, en su sentencia número 308/89, se ha pronunciado sobre el tema y se ha inclinado por la postura de considerar los efectos desde la celebración del matrimonio. Sin embargo, más recientemente, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz, en sentencias de 4 de mayo y 1 y 16 de junio de 2000, ha considerado que los efectos comienzan a la hora de la disolución. Concretamente, la sentencia de 4 de mayo de 2000, en su fundamento de Derecho Quinto, dice: «Ya vimos como en nuestra opinión, históricamente, la comunicación se realizaba desde el matrimonio». Sin embargo, no es ésta la posición hoy dominante. Y, no lo es, porque el Tribunal Supremo en la paradigmática sentencia de 8 de febrero de 1892 dijo: «la observancia mandada guardar por la Ley 12, Título IV, Libro 10 de la Novísima Recopilación del Fuero del Baylío... no consiste, según los términos de la citada Ley, en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos a partición como gananciales o sea al tiempo de disolverse la sociedad». Y más adelante, en el fundamento de Derecho séptimo, da por sentado: «1) Que el fuero del Baylío está en vigor. 2) Que la comunicación de bienes tiene lugar desde el fallecimiento de uno de los cónyuges. 3) Que cada cónyuge puede disponer libremente de sus bienes privativos, resta por determinar los bienes que han de comunicarse, es decir los existentes al disolverse el matrimonio». Más recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, número 59/2002 (Sección Segunda), de 3 de abril, en el fundamento de Derecho primero, después de referirse a la sentencia de 10 de mayo de 1993 de la misma Audiencia Provincial, que

consideraba la comunicación de los bienes al disolverse el matrimonio, continúa en esa misma línea diciendo: «...conformando por tanto una comunidad universal de bienes por la cual todos los bienes de los esposos adquiridos por éstos antes y durante el matrimonio, aunque sea privativamente, se hacen comunes al momento de la disolución del matrimonio, siendo que esto ocurre por cualquiera de las causas establecidas en el artículo 85 CC, entre ellas, inciso último, el divorcio,...». Y en virtud de las últimas sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, y hasta que se produzca otra resolución judicial, que con otros razonamientos se pronuncie en distinto sentido, hemos de concluir en que los efectos del Fuero del Baylío comienzan a la hora de la disolución del matrimonio.

5. Sentado que en los matrimonios sujetos al Fuero de Baylío se produce una comunidad patrimonial, en la que todos los bienes aportados al matrimonio, antes o después de la celebración por cualquiera de los cónyuges y cualquiera que sea su procedencia (herencia, donación, compra, etc.), se hacen comunes y corresponden por mitad a cada uno de los cónyuges, y que esa comunidad universal de bienes actúa, según la jurisprudencia («Vistos»), desde el momento de disolverse la sociedad, pudiendo mientras tanto los cónyuges disponer de los bienes propios con absoluta libertad (sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 3 de abril de 2002), y que los efectos del Fuero de Baylío comienzan a la hora de la disolución del matrimonio, ahora se trata de determinar si el «ius dalationis», conforme su naturaleza, puede ser objeto y formar parte de esa comunidad universal.

Por analogía, en los artículos 1.346 y 1.347 del Código Civil, reguladores de la calificación de los bienes privativos y comunes en el régimen la sociedad de gananciales, observamos que tanto los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles «inter vivos», así como los adquiridos por resarcimientos y ejercicio de determinados derechos (v. g. retracto), son de carácter privativo; ciertamente que en la comunidad del Fuero de Baylío se hacen comunes todos, pero de lo que se trata es de determinar si puede ser configurado el derecho de transmisión como un bien susceptible de propiedad o como un derecho personalísimo exclusivo en cualquier caso de los herederos de la fallecida que lo hizo sin aceptar o repudiar. Lo cierto es que el legislador los consideró como privativos por la difícil configuración de los mismos como comunes, lo que en el supuesto de este expediente, se pone claramente de manifiesto.

El artículo 1006 del Código Civil define el «ius delationis» de la siguiente forma: «por la muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía». La interpretación de quienes sean «los suyos» y la de si en estos se encuentran incluidos los herederos de su difunto cónyuge en virtud de la comunidad del Fuero de Baylío, suscita muchas dudas. Es evidente que en el 1.006 del Código Civil, el legislador se refiere como «los suyos» a los herederos del llamado que no ha aceptado ni repudiado, pero no piensa en la inclusión de herederos de una rama del cónyuge del heredero, en un régimen de comunidad tan exigente en la comunicación, como el del Fuero de Baylío. Ni siquiera en una institución universal de herederos, como la del testamento de hermandad de Derecho Foral navarro, los herederos del cónyuge del heredero llamado, podrían acceder al control del derecho de transmisión.

6. Previamente hay que decir que el derecho de transmisión es un derecho personalísimo de aquellos a quienes corresponde ejercitarlo, lo que pueden realizar de forma voluntaria y libre, sin perjuicio de las acciones de posibles terceros perjudicados, como ocurriría con los acreedores, para los que la ley concede la acción del artículo 1111 del Código Civil. Pero no se concede ninguna acción a los posibles herederos de quien es su vez heredero en otra sucesión, porque su derecho a aceptar o renunciar es absoluta y precisamente voluntario y libre. Ciertamente es de aplicación el artículo 988 del Código Civil por el que la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres, de manera que exigir la comparecencia de los herederos del finado cónyuge de la heredera, conllevaría una aceptación tácita de la herencia de esta, conforme el artículo 1.000 del Código Civil. Por lo tanto, una cosa es el derecho de transmisión y otra



diferente, los bienes obtenidos como consecuencia, en su caso, de la aceptación de la herencia.

Por otro lado, el artículo 989 del Código Civil establece que «los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda». Respecto de la partición, cuya naturaleza traslativa, declarativa, determinativa o mixta ha sido ampliamente discutida por la doctrina, establece el artículo 1.068 del Código Civil: «La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados». Es decir que la partición consume y confiere, unida a la aceptación, la transmisión dominical de bienes hereditarios concretos a favor de cada heredero. Así, de conformidad con el artículo 989 del Código Civil, los efectos retroactivos de la aceptación de la herencia son incuestionables, lo que hace que en el caso de que la heredera estuviese casada en el momento de la apertura de la sucesión de sus causantes, no impidiera su comparecencia entonces, sin necesidad de la asistencia de su esposo. Pero también, que tales efectos producen que dicha retroacción al momento de la muerte de los padres o primeros causantes, determina que en un momento posterior, que es el del fallecimiento del cónyuge de la heredera, se considere ya incluido en el patrimonio de la viuda lo obtenido por el derecho hereditario de la misma en la herencia de sus padres, derecho de contenido patrimonial que como tal formará parte de la segunda masa hereditaria que se produce por fallecimiento del cónyuge de la citada heredera.

7. En el supuesto de este expediente, siguiendo el íter temporal, en el momento del fallecimiento del primer o los primeros causantes, se genera a favor de su hija todavía casada –suposición, puesto que no se ha expresado en la escritura–, un derecho personalísimo que no es otro que el de aceptar o repudiar la herencia de sus padres. Es el llamado «ius delationis». Este puede ser ejercitado por sí misma sin necesidad de concurrencia de su cónyuge, ya que no ha surgido aun la comunidad universal.

En un segundo momento fallece el cónyuge de la hija-heredera cuyo matrimonio estaba sujeto al Fuero del Baylío. Este régimen económico matrimonial genera una comunidad universal precisamente en el momento de la disolución, es decir, si bien en vida de ambos cada uno de los cónyuges puede libremente disponer de sus bienes privativos, fallecido uno cualquiera de ellos se hacen comunes todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que pertenecieran a uno y a otro, adquiridos por cualquier título, oneroso o gratuito.

Y aquí se plantea la cuestión de si ese derecho generado a aceptar o repudiar la herencia, forma parte de la comunidad universal o tan solo los bienes obtenidos como consecuencia de la aceptación en su caso. Al no existir una regulación de ley escrita sobre la materia, debemos acudir a la costumbre y a la jurisprudencia.

8. Hay jurisprudencia dispar en esta cuestión del derecho de transmisión. Por un lado, el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de noviembre de 2013, referido al derecho de transmisión del 1.006 del Código Civil, ha concretado que en virtud de este precepto no hay una sucesión propiamente dicha en el «ius delationis», sino un mero «efecto transmisivo del derecho como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia». De este modo, al aceptar la herencia, los herederos transmisarios suceden directamente al causante de la herencia y en otra sucesión distinta, al fallecido heredero. Con lo que los terceros interesados en la herencia del fallecido heredero (v. g. viuda del mismo) no adquieren derecho alguno en la del primer causante. La cuestión de fondo, suscitada en un procedimiento de división de herencia y con relación a si procedía o no concretar en el cuaderno particional la parte que correspondiera a los herederos del heredero fallecido, en la herencia del primer causante, se asienta en la existencia de dos posiciones doctrinales sobre la interpretación y alcance del artículo 1006 del Código Civil. Por un lado, la teoría clásica sostiene que en la sucesión por derecho de transmisión existen dos movimientos de bienes: uno que va del patrimonio del causante a la masa hereditaria del heredero transmitente, que fallece antes de aceptar la herencia de aquel, y un segundo movimiento desde esta masa hereditaria del segundo causante o

transmitente al heredero transmisario que acepta las dos herencias. Por su parte, la teoría moderna de la adquisición directa o por doble capacidad defiende que los bienes del primer causante pasan directamente al heredero transmisario cuando este ejercita positivamente el «ius delationis». En la instancia se optó por la teoría clásica, considerada como mayoritaria. Por el contrario, la Sala optó ahora por la teoría moderna. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 toma como punto de partida la reciente jurisprudencia surgida en torno a la caracterización y naturaleza del «ius delationis» (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio y 30 de octubre de 2012), declarando al respecto que el derecho de transmisión del artículo 1.006, se refiere sustancialmente, a la cualidad del «ius delationis» de poder ser objeto de transmisión. Esto es, la aplicación «ex lege» de un efecto transmisivo en la adquisición de la herencia por la que el derecho a aceptar o repudiar la herencia que tenía el heredero transmitente, que fallece sin ejercitarlo, pasa a sus propios herederos, denominados en este proceso como herederos transmisarios.

De esta forma, fuera de la mencionada cualidad, el derecho de transmisión, en sí mismo considerado, ni configura ni altera la naturaleza y caracterización del «ius delationis», verdadera cuestión de fondo del caso planteado. Por lo demás, la transmisibilidad de la delación hereditaria debe enmarcarse en la progresiva flexibilización del rigorismo de la tradición romanística, que no admitía la transmisión de la cualidad de heredero, que adopta y desarrolla nuestro Código Civil con abundantes muestras al respecto. En parecidos términos, esta flexibilización se produce en los Derechos Forales en donde el «ius transmissionis» goza de plena carta de naturaleza. Esta equivalencia entre la unidad del fenómeno sucesorio y el «ius delationis» también encuentra apoyo interpretativo en los precedentes del Código Civil. Todas estas razones permiten a la Sala fijar como doctrina jurisprudencial que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1.006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del «ius delationis» en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el «ius delationis», sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que «ex lege» ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el «ius delationis» integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente.

La sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de junio de 2000, contempla un supuesto de hecho semejante al de este expediente, relativo a la comparecencia, o no de los herederos del finado cónyuge de una heredera, en la partición de herencia de los primeros causantes. El fallo de esta sentencia es a su vez confirmado y aclarado por otra sentencia, número 240/2013, de 7 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial, Sección Segunda, de Badajoz. El supuesto de hecho de estas sentencias es parecido al que motiva el presente expediente y se resume así: Los cónyuges casados en régimen del Fuero del Baylío don M. R. C. y doña A. G. A. fallecieron respectivamente en los años 1966 y 1976, bajo sendos testamentos en los que instituyeron herederos por partes iguales a su hijo don M. R. G. y a su nieta doña P. A. R. (hija de su premuerta hija P. R. G.). A su vez, el hijo y heredero don M. R. G. estaba casado con doña I. G. M. también bajo el régimen del Fuero del Baylío. En 1993 fallece doña I. G. M. bajo testamento en el que nombra heredero usufructuario a su esposo y en nuda propiedad a sus hermanos don J. y doña J. G. M. El 4 de marzo de 1996 don M. R. G., ya viudo, junto con su sobrina doña P. A. R., pero sin intervención de los herederos de su esposa premuerta doña I. G. M., formalizaron escritura de aceptación y partición de herencia por el óbito de sus padres y abuelos respectivamente (don M. R. C. y doña A. G. A.). Ello originó que los herederos de doña I., es decir sus citados hermanos don J. y doña J. G. M.,

interpusieran demanda de petición de herencia y de nulidad de la escritura citada, recayendo sentencia el 28 de septiembre de 1999, que fue objeto de recurso de apelación, el cual se resolvió por sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de junio de 2000 en la que se hicieron los siguientes pronunciamientos: «1.º... en la fecha del fallecimiento de doña I. G. M. pertenecían al haber conyugal de ésta y de su esposo don M. R. G. los derechos de este último en la herencia de sus padres, don M. R. C. y doña A. G. A. de imposible concreción al momento de la demanda al no haberse aún ejecutado las operaciones particionales y divisorias con la también coheredera doña P. A. R. 2.º Debemos declarar y declaramos la nulidad de la escritura de adjudicación de bienes de 4 de marzo de 1996 por afectar o vincular la misma bienes en indivisión y no haber sido convocados a dicho acto para que prestaran su consentimiento los condóminos por derecho de herencia doña J. y don J. G. M., según comunicación impuesta por el Fuero del Baylío».

De la citada sentencia no resulta con claridad la diferencia, a los efectos de la comunicación de bienes, entre el «ius delationis» y los bienes procedentes del ejercicio del mismo, pero lo cierto es que la demanda se interpuso contra las adjudicaciones hechas en la escritura de partición y no contra la aceptación de la herencia.

En definitiva, de la diversa y dispar jurisprudencia, se deduce que por un lado está el derecho a aceptar o repudiar la herencia, lo que puede ejercitar la heredera de los causantes sin necesidad de consentimientos de los herederos de su difunto cónyuge con el que estaba casada en régimen supletorio del Fuero de Baylío. Y por otro, las operaciones de adjudicación de la herencia, que en el caso de realizarse conforme las disposiciones del testamento, también por sí sola puede concretar, puesto que aun cuando estaba casada al tiempo de la apertura de la sucesión, no supone una disposición de los bienes integrantes de la comunidad de bienes creada a la disolución del matrimonio. Otra cosa es la partición que hubiere sido realizada de forma convencional entre los herederos, conforme el artículo 1.058 del Código Civil, en cuyo caso se hace necesaria la comparecencia de los herederos a su vez del citado finado cónyuge de la heredera. Sólo en este último caso, el «ius delationis» que a la viuda corresponde en la herencia de sus padres, en la medida en que puede convertirse en un auténtico valor patrimonial a través de la aceptación y adjudicación de bienes concretos como consecuencia de la partición convencional, también formará parte de esa comunidad universal, en la que son partícipes los herederos del cónyuge premuerto de la viuda o segundo causante.

9. Siguiendo el íter temporal indicado, en un tercer momento se produce la aceptación y partición de la herencia del primer o primeros causantes. Por la sola aceptación el derecho de la viuda en la herencia de sus padres pasa a ser un derecho de contenido patrimonial, el llamado «derecho hereditario in abstracto», que sería el que todos los partícipes tienen conforme a su respectiva participación sobre la total masa hereditaria, aunque carezcan aún de un derecho «in concreto» aplicado especialmente a alguno de los bienes determinados que componen dicha masa, derecho «in concreto» que sólo surge con la partición. Ahora bien, en esa fase previa de «derecho hereditario in abstracto» que se produce antes de la partición, en esa comunidad hereditaria se hacen partícipes los herederos del finado cónyuge de la viuda que ahora acepta la herencia de sus padres primeros causantes, con respecto a los cuales, los efectos de la retroacción de la aceptación no se pueden extender hasta el momento del fallecimiento de los primeros causantes, pues en ese momento dado que la hija-heredera estaba aún casada, no se había generado todavía la comunidad universal propia del Fuero del Baylío, sino sólo hasta el momento del fallecimiento de su esposo, que es cuando precisamente se genera dicha comunidad universal. Lógicamente si en el mismo instrumento público y con igual fecha se producen la aceptación y la partición de los bienes hereditarios del primer o primeros causantes, y esta se hace de forma convencional adjudicando bienes concretos entre los herederos, será necesario el consentimiento de los herederos del finado cónyuge de la viuda por aplicación del artículo 1.058 del Código Civil que exige el consentimiento unánime de todos lo copartícipes para hacer la partición.

Sin embargo, si en esa misma aceptación y partición de herencia, la viuda estuviera casada en Fuero del Baylío, no se exigiría la comparecencia de su cónyuge pues como se ha señalado, el Fuero del Baylío genera una comunidad universal sólo en el momento de la disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges, pero no antes.

Sentado que la aceptación y repudiación de la herencia tienen carácter unilateral y no recepticio y por lo tanto, la viuda tiene plena libertad para aceptar o repudiar la herencia de sus padres de forma que si renuncia, los herederos del finado cónyuge nada adquirirían en la herencia de los primeros causantes, este derecho de aceptar o repudiar la herencia de sus padres o primeros causantes es un derecho unilateral y personalísimo de la viuda, que puede ejercer con plena libertad, pues así lo dice el artículo 988 del Código Civil. Por lo que evidentemente si ese «ius delationis» se resuelve en renuncia, queda frustrada la expectativa de adquisición de los herederos del segundo causante. Por ello entendemos que no será necesaria la comparecencia de dichos herederos del cónyuge finado en las escrituras en las que la viuda renuncie a la herencia de sus padres.

Si la viuda se limitara a aceptar la herencia, sin hacer partición convencional ni adjudicación de bienes, tampoco sería necesaria la comparecencia de los herederos de su finado cónyuge, en cuyo caso, podrá practicarse anotación preventiva de derecho hereditario conforme a los artículos 42.6.º y 46 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento.

Pero si lo que se realiza es la partición convencional o adjudicación de bienes a favor de la viuda, es necesaria la comparecencia de los herederos del segundo causante o esposo a los que por su dimidio les corresponde la mitad del valor o derechos patrimoniales de la primera. Pues el carácter unilateral de la aceptación no puede predicarse de la partición convencional, de acuerdo con el artículo 1.058 del Código Civil, conforme al cual es necesario el consentimiento unánime de todos partícipes en la comunidad hereditaria, entre ellos también los herederos del cónyuge premuerto por su dimidio, por así haberlo establecido la Audiencia Provincial de Badajoz, según las sentencias citadas, aunque la solución puede ser distinta en otros territorios forales.

Por lo tanto, exigir la comparecencia de los herederos del finado cónyuge en la aceptación de la herencia de los primeros causantes sería condicionar la plena libertad de la viuda para aceptar o repudiar y en consecuencia, no se exige su comparecencia en caso de renuncia de la viuda tampoco ni tampoco en caso de aceptación, pues además de que debe darse el mismo tratamiento tanto a la aceptación y repudiación, estos son actos enteramente voluntarios y libres (artículo 988 del Código Civil); pero sus consecuencias son distintas: con la renuncia de la viuda queda frustrada la expectativa de adquisición propia de ella misma y de los herederos de su finado cónyuge por razón del dimidio; en cambio por la aceptación esa expectativa se convierte en un derecho actual de contenido patrimonial que no le corresponde a ella sola, sino también por su dimidio y en comunidad germánica (mientras no se produzca la partición) a los herederos de su premuerto esposo. Tampoco se puede obligar a nadie a comparecer a una escritura pública contra su voluntad (es decir a los herederos del finado cónyuge en la partición de los primeros causantes) y, desde luego, si los herederos del segundo causante renuncian a la herencia de éste nada adquirirían en la herencia del primer o primeros causantes. Así pues, en el caso de que los herederos del finado cónyuge de la heredera, no quisieran comparecer a la partición de la herencia y adjudicación de bienes de los primeros causantes, nos encontraríamos con que no sería posible la partición convencional, para la cual conforme al artículo ya citado 1.058 del Código Civil y consolidada jurisprudencia es necesario el acuerdo unánime de todos los partícipes en la comunidad hereditaria; faltando dicho acuerdo queda abierto el derecho de cualquiera de ellos de pedir la partición judicial conforme a los artículos 1.059 del Código Civil y 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y en el caso de que los llamados a la herencia del finado esposo de la heredera, renuncien a la misma, habrá que ver, ante tal renuncia si entra en juego una eventual sustitución hereditaria, o el derecho de acrecer a los demás llamados, o si hay que hacer un nuevo llamamiento a los herederos legales del siguiente grado.

10. En cuanto a la disposición de los bienes, ciertamente, la comunidad universal propia del Fuero del Baylío surge en el momento de la disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges, pero no tiene lugar con anterioridad, o sea, cuando fallecen los padres de la viuda, momento al que se retrotraen los efectos de la aceptación y partición de esa herencia aunque se formalice con posterioridad. Así pues, respecto de los herederos del segundo causante (cónyuge de la heredera), los efectos de la retroacción de la aceptación de la herencia del primer o primeros causantes sólo puede extenderse hasta el momento del fallecimiento de este segundo causante y no más allá, haciendo una interpretación análoga en relación con los transmisarios por aplicación del artículo 1.006 del Código Civil.

Si la viuda quisiera disponer de los bienes heredados «inter-vivos» tras el fallecimiento de su cónyuge, en este caso, precisaría del consentimiento de los herederos del finado cónyuge, pues la mitad de esos bienes (el dimidio correspondiente por el Fuero del Baylío) que adquirió la viuda por herencia de sus padres, corresponden a los herederos del finado, a los que tienen derecho desde el fallecimiento del esposo de la viuda que es cuando surge la comunidad universal propia del Fuero del Baylío según ha quedado establecido.

11. Respecto a la indagación sobre el régimen económico matrimonial en función de la vecindad o domicilio del heredero viudo o de si se pudiera hallar casado en segundas o ulteriores nupcias. Sentado lo argumentado anteriormente, se hace necesaria la indagación del notario respecto del estado civil, matrimonio y régimen económico matrimonial de los herederos, al igual, que el notario lo hace respecto de los premuertos, su descendencia, sustitutos vulgares, fideicomisarios, menores, incapacitados, discapacitados. En este sentido, el artículo 159 del Reglamento Notarial establece: «Las circunstancias relativas al estado de cada compareciente se expresarán diciendo si es soltero, casado, separado judicialmente, viudo o divorciado. También podrá hacerse constar a instancia de los interesados su situación de unión o separación de hecho. Si el otorgante fuere casado, separado judicialmente o divorciado, y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual, o en su caso, anterior, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar, así como el régimen económico matrimonial. Las circunstancias a que se refiere este artículo se harán constar por el notario por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes. Se expresará, en todo caso, el régimen económico de los casados no separados judicialmente. Si fuere el legal bastará la declaración del otorgante. Si fuese el establecido en capitulaciones matrimoniales será suficiente, a todos los efectos legales que se le acredite al notario su otorgamiento en forma auténtica. El notario identificará la escritura de capitulaciones y en su caso, su constancia registral, y testimoniará, brevemente, el régimen acreditado, salvo que fuere alguno de los regulados en la ley, en que bastará con hacer constar cuál de ellos es». En parecido sentido, el artículo 51 del Reglamento Hipotecario señala: «Las inscripciones extensas a que se refiere el artículo noveno de la Ley contendrán los requisitos especiales que para cada una de ellas determina este Reglamento, y se practicarán con sujeción a las reglas siguientes: (...) Novena.—La persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquella de quien proceda el bien o derecho que se inscriba se determinarán conforme a las siguientes normas: a) Si se trata de personas físicas,....si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos del otro cónyuge....».

En consecuencia, dado que el régimen económico a que hubiera estado sometida la heredera viuda tiene consecuencias tales que determina si la adquisición corresponde exclusivamente a ella o también a los herederos de su finado cónyuge, es circunstancia que debe expresarse. Tal exigencia, esto es, extenderla o no a herederos viudos con domicilio en territorio donde no rige el Fuero del Baylío o incluso a herederos casados en segundas o ulteriores nupcias cuyo anterior matrimonio estuvo sujeto a Fuero del Baylío, debe entenderse de acuerdo con el lugar de otorgamiento y también con el domicilio de los comparecientes, aun cuando el otorgamiento lo hubiere sido fuera de la zona del Fuero de

Baylío, de la misma forma que ocurriría por ejemplo, con una disposición de casados en régimen conyugal de Derecho Foral de Aragón, para la aplicación del derecho expectante de viudedad aragonesa o de comunicación foral de bienes respecto de vizcaínos no aforados. Tratándose del lugar de otorgamiento, en territorio donde rige el Fuero del Baylío como régimen legal supletorio, y siendo vecinos los otorgantes de Olivenza, se hace necesaria una indagación notarial a este aspecto; y aun cuando con ello, no se tenga una garantía plena, se habrá empleado la diligencia adecuada; téngase en cuenta que vecindad civil y estado civil normalmente no se acreditan sino que a partir de las manifestaciones de los otorgantes se hace un juicio o valoración sobre los mismos.

En este sentido, la Resolución de este Centro Directivo, de 15 de junio de 2009, que señala que si bien es cierto que en muchos casos no es tarea sencilla el determinar cuál es el régimen legal supletorio, es necesario que el notario, a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes –que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico–, despliegue la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico matrimonial que rige entre los esposos. En tal sentido, establece el artículo 159 del Reglamento Notarial que si dicho régimen fuere el legal bastará la declaración del otorgante, lo cual ha de entenderse en el sentido de que el notario, tras haber informado y asesorado en Derecho a los otorgantes, y con base en las manifestaciones de éstos (que primordialmente versan sobre datos fácticos como su nacionalidad o vecindad civil al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos –cfr. artículos 9.2 y 16.3 del Código Civil–), concluirá que su régimen económico matrimonial, en defecto de capítulos, será el legal supletorio que corresponda, debiendo por tanto hacer referencia expresa a tal circunstancia –el carácter legal de dicho régimen– al recoger la manifestación de los otorgantes en el instrumento público de que se trate, especialmente en supuestos como el presente en el que el régimen expresado –de gananciales– no es el legal supletorio en el lugar del otorgamiento. De este modo, quedan suficientemente cubiertas, fuera del proceso, las necesidades del tráfico jurídico.

12. Respecto a las cuestiones prácticas que se suscitan por el recurrente en aplicación de esta regulación. En cuanto lo que ocurriría si una señora en estado de viuda, quisiera elevar a público un documento privado de venta con fecha fehaciente, que firmó en estado de casada, vendiendo un bien heredado de sus padres, y quisiera elevarlo a público, con posterioridad al fallecimiento de su cónyuge: no sería necesaria dicha comparecencia, ya que la ahora viuda dispuso del bien en fecha cierta en la que estaba todavía casada y por tanto no se había generado aún la comunidad universal diferida que caracteriza al Fuero del Baylío.

En cuanto al supuesto carácter de costumbre o práctica consuetudinaria del Fuero de Baylío, quedan definidas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892, las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz de 4 de mayo de 2000, y 3 de abril de 2002 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de agosto de 1914, y de 11 de agosto de 1939, entre otras. De estas resulta, como ya se ha señalado anteriormente, que el régimen del Fuero del Baylío origina en el momento de la disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los esposos una comunidad universal en la que quedan incluidos todos los bienes y derechos de contenido patrimonial adquiridos por uno y otro cónyuge, antes y durante el matrimonio, por título oneroso y lucrativo, y por tanto también los bienes adquiridos por la esposa en la herencia de sus padres deferida en el momento del fallecimiento de dichos padres si en tal momento se encontraba aún en estado de casada la después heredera viuda.

13. Así pues, en las herencias en que comparezcan herederos viudos cuyo matrimonio, tras una indagación notarial al respecto, resulte haber estado sujeto al régimen del Fuero del Baylío, será necesario hacer constar la fecha del fallecimiento del cónyuge premuerto del heredero viudo. Si dicho finado cónyuge premurió a los causantes de la herencia que se formaliza, no se planteará problema alguno. Pero si falleció con

posterioridad entonces habrá que distinguir los siguientes casos, tal como hemos enunciado anteriormente también:

a) En caso de que el heredero o heredera viudos renuncien a la herencia de sus padres o primeros causantes, no será necesaria la comparecencia ni citación de los herederos del segundo causante.

b) En caso de que el heredero o heredera viudos se limitara a aceptar la herencia sin hacer partición convencional ni adjudicaciones, tampoco sería necesaria la comparecencia de los herederos del segundo causante, pudiéndose practicar a petición de los interesados, anotación preventiva de derecho hereditario conforme a los artículos 42.6.º y 46 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento.

c) Si lo que se pretende es la partición convencional o adjudicaciones a favor de la viuda, aun cuando fuera la única heredera llamada a la herencia de sus padres o primeros causantes sería necesario:

1.º Hacer constar en la escritura de partición de herencia, el nombre y circunstancias del cónyuge-finado de la heredera y la fecha de su fallecimiento a los efectos de determinar por el notario el régimen económico matrimonial.

2.º En el caso de régimen económico del Fuero de Baylío, la comparecencia de los herederos del finado cónyuge, quienes podrán libremente aceptar la herencia de éste, de la que forma parte la mitad (por dimidio) del «derecho hereditario in abstracto» de la viuda sobre la masa hereditaria de sus padres o primeros causantes (cfr. sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz anteriormente citadas), y en tal caso, hacer junto con los demás condóminos la partición y adjudicación de los bienes de la herencia de los primeros causantes, sin necesidad, si no quieren, de partir otros bienes o derechos propios de la herencia del cónyuge, lo cual podrán hacer en un momento posterior; pues si bien es cierto que la aceptación de la herencia no puede ser parcial (artículo 990 del Código Civil), es perfectamente posible que la partición sí sea sólo de algunos bienes; o bien pueden renunciar a la herencia del finado cónyuge, en cuyo caso sería necesario determinar, ante la renuncia de los llamados en primer lugar quienes pasan a tener la condición de herederos del segundo, aplicando, según proceda, la sustitución vulgar, el derecho de acrecer, o el llamamiento a los herederos legales del siguiente grado.

Igualmente si los llamados a la herencia del cónyuge-finado o segundo causante se niegan a comparecer en la escritura de aceptación y partición de herencia del primer o primeros, faltaría el presupuesto básico de legitimación de la partición convencional que es el consentimiento de todos los partícipes; siendo necesario en tal caso acudir a la vía judicial conforme al artículo 1.059 del Código Civil.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con los fundamentos de Derecho anteriormente expuestos, desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación.

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

Madrid, 6 de mayo de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.