

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8561 *Resolución de 18 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Arévalo, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de un cuaderno particional.*

En el recurso interpuesto por don J. J. L., como contador-partidor y representante de doña M. D., don A. M. y don L. E. L. P., contra la calificación del registrador de la propiedad de Arévalo, don Carlos Américo Alonso, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de un cuaderno particional.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don José Luis García Magán, de fecha 25 de febrero de 2016, con el número 648 de protocolo, se protocolizó el cuaderno particional como consecuencia de la herencia causada por el óbito de don A. L. G. fallecido el día 14 de junio de 2015. Concurren al otorgamiento, además del contador-partidor testamentario don J. J. L., los designados herederos, hijos del causante, don A., doña M. D. y don L. E. L. P. No comparecen las nietas doña R., doña M. y doña S. L. C., hijas de otro hijo premuerto, a las que en el testamento se les lega la legítima estricta o corta que les correspondiese, que se les pagaría en efectivo metálico.

En el testamento del causante, autorizado por el mismo notario en fecha 10 de abril de 2008, se «lega y manda a sus nietas doña R., doña M., y doña S. L. C., lo que por legítima estricta y corta les corresponda, que se les pagará en efectivo metálico».

En el cuaderno particional, existe una cuenta corriente en el inventario, numerada como 01-A), cuyo saldo a la fecha de fallecimiento era de 12.658,33 euros, aunque era de dos titulares -el causante y una de las herederas- pero se manifiesta que «le es imputable a esta herencia el 100% por las razones que luego se exponen». En el apartado de las adjudicaciones, resulta lo siguiente: «A doña R., doña M. y doña S. L. C., en pago de sus respectivos haberes, por su legítima, se adjudican, por terceras e iguales partes indivisas: En pleno dominio: el bien inventariado bajo el número 1A), por su valor de 10.749,96 euros. Total adjudicado a cada una: 3.583,32 Euros. Dado que el disponible real en dicha cuenta asciende a fecha 16.02.2016 de 3.800,59 Euros llevan de menos 6.949,35 euros de los que corresponde a cada una la cantidad de 2.316,45 Euros que les serán compensados en efectivo metálico por sus tíos don A., don L. y doña M. D. L. P.». No se manifiesta ni acredita que se haya realizado el pago. El contador se compromete a que la entrega del legado se realice en el tiempo más breve posible.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Arévalo el día 3 de marzo de 2016, siendo objeto de calificación negativa de fecha 21 de abril de 2016, notificada el día 29 de abril de 2016, y que, a continuación, se transcribe: «Datos del documento: Asiento: 156 Diario: 135. Fecha de presentación: Tres de Marzo del año dos mil dieciséis. Hora: 09:22 Notario autorizante: D. José Luis Garcia Magan. Fecha del documento: 25/02/16. Número de protocolo: 648/2016. Nota de calificación de la escritura otorgada el 25/02/16 ante el Notario de Madrid Don José Luis Garcia Magan, protocolo n.º 648/2016. Antecedentes de hecho: I.-El día 03/03/16 ha sido presentada en este Registro escritura de protocolización de cuaderno particional autorizada por el Notario de

Madrid Don José Luis García Magan el 25/02/16, bajo el número 648/2016 de protocolo. Dicha escritura ha causado el asiento de presentación 156 del Diario 135. II.—En el día de la fecha, el documento a que se refiere el apartado anterior ha sido calificado por el Registrador que suscribe, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en los siguientes términos. Fundamentos de Derecho: En el presente caso concurren las siguientes circunstancias que impiden la práctica de los asientos solicitados: Resulta necesario, para proceder a la inscripción solicitada, que se acredite la confirmación de todos los legitimarios o la aprobación de las operaciones particionales en los términos a que se refieren el artículo 843 del Código Civil y 80 del Reglamento Hipotecario, por las razones que a continuación se exponen. Se presenta para su calificación escritura autorizada el veinticinco de febrero de 2016 por el notario de Madrid don José Luis García Magán, con el número 648 de su protocolo, en el que se protocolizan las operaciones particionales realizadas por el albacea, comisario, contador-partidor don J. J. L. tras el fallecimiento de don A. L. G. Dicho causante falleció el 14 de junio de 2015, bajo testamento autorizado por don José Luis García Magán el diez de abril de 2008, con el número 1354 de su protocolo, en el que tras afirmar estar viudo y tener tres hijos (llamados M. D., a. M. y L. E.) y tres nietas, hijas de un cuarto hijo del causante que le había premuerto (llamadas R., M. y S.), instituye únicos y universales herederos a sus tres citados hijos por partes iguales y lega a sus nietas lo que por legítima estricta o corta les corresponda, que se les pagará en efectivo metálico. Finalmente, nombra albacea, comisario, contador-partidor a don J. J. L., a quien faculta expresamente para llevar a efecto la partición y especialmente para la entrega del legado establecido. En las operaciones particionales, practicadas exclusivamente por el contador partidor y ratificadas después por los herederos, pero no por las nietas legitimarias, el contador calcula la legítima que a las nietas corresponde, adjudica todos los bienes por partes iguales a los herederos y afirma lo siguiente: a doña R., doña M. y doña S. L. C., en pago de sus respectivos haberes, por su legítima, se les adjudica por terceras e iguales partes indivisas en pleno dominio el bien inventariado bajo el número 1ª (dinero existente en una cuenta bancaria) por su valor de 10.749,96 euros. Dado que el disponible real en dicha cuenta asciende a fecha 16 de febrero de 2016 (tres días antes de la fecha en que se firma el cuaderno particional) a 3.800,59 euros llevan de menos 6.949,37 euros de los que corresponde a cada una la cantidad de 2.316,45 euros que les serán compensados en efectivo metálico por sus tíos doña M. D., don A. M. y don L. E. L. P. Resulta necesario, en primer lugar, plantearnos, con los datos expuestos, si las operaciones así realizadas, están sujetas a las normas contenidas en los artículos 841 y siguientes del Código Civil. Establece el párrafo primero del citado precepto que el testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios. El objetivo del citado precepto, introducido en la reforma de 13 de mayo de 1981, es, a juicio de la doctrina mayoritaria (V., P. o L. entre otros) así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como después veremos, conceder a alguno o algunos de los descendientes del testador la posibilidad de conmutar la porción legitimaria de los demás por un caudal que se pagará en efectivo metálico. Como regla general la legítima en el derecho común se configura como pars bonorum (así lo ha entendido la DGRN en resoluciones de 1-3-2006, 25-2-2008, 17-10-2008, 6-3-2012, 13-6-2013 ó 13-2-2015) o como pars hereditatis (según sentencias del Tribunal Supremo de 8-5-89, 26-4-97 ó 22-10-12) lo que implica, en palabras del Tribunal Supremo que la legítima es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios. Es decir, como afirma la resolución de la DGRN de 13 de febrero de 2015, la naturaleza de la legítima como pars bonorum atribuye al legitimario el derecho a una porción del haber hereditario que debe ser pagada en bienes de la herencia. Siendo ésta la regla general, el artículo 841 CC supone una importante excepción, ya que permite, si así lo establece expresamente el testador, a uno o algunos de los descendientes, en lugar de pagar la legítima de los demás legitimarios con bienes de la herencia, como es ordinariamente obligatorio, conmutar su

cuota por un caudal que se pagará en efectivo metálico, que podrá ser extrahereditario. En el presente caso, concurren todos los requisitos para entender que la partición realizada por el contador-partidor debe sujetarse a las reglas establecidas en los artículos 841 y siguientes. Y ello porque instituye herederos universales a sus tres hijos y ordena que se pague en metálico la legítima de sus nietas, que habían adquirido la condición de legitimarias tras el fallecimiento de su padre. Para que resulte de aplicación el citado precepto no es necesario que el testador haya hecho referencia a él, sino que se deduzca claramente que es su voluntad el pago en metálico de la legítima de alguno de sus descendientes. Afirma al respecto V. G. que para que la partición del contador se sujete a lo establecido en los artículo 841 y siguientes es preciso que la autorización del testador se refiera al artículo 841, ya sea invocándolo numeralmente o bien refiriéndola al supuesto en el previsto, con sus propias palabras o con otras cualesquiera con sentido equivalente, aunque técnicamente sean impropias o incorrectas, o simplemente de significado distinto si por su sentido resulta indudable la intención del testador de conferir una autorización que encaje con el supuesto del artículo 841. Así lo será en los casos en que el testador designe heredero universal a uno de los descendientes legitimarios -sea en sentido estricto o en el amplio referido a todo mejorado en el segundo tercio, aunque carezca de derecho a la legítima estricta- y legue a los demás legitimarios y mejorados la compensación que, para satisfacerles sus respectivas legítimas, el instituido deba abonarles en metálico. Entiende además un importante sector doctrinal (V. G. o P. P.) que aunque el precepto no lo establezca expresamente, presupone que el metálico con que se pagará a los demás legitimarios no existe en la herencia. Así lo entiende igualmente la sentencia del TS de 22 de octubre de 2012 al afirmar que la finalidad de salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima y de la seguridad respecto del pago efectivo de la misma, viene también reforzada desde la perspectiva conceptual que presenta el pago en metálico de la legítima de los descendientes conforme al marco establecido en los artículos 841 del Código Civil. En efecto, porque que en este supuesto, a diferencia de lo previsto en el artículo 1056 del Código Civil, y pese al mero tenor literal del artículo 841, el testador o, en su caso, el contador-partidor expresamente autorizado, en rigor, no está ordenando imperativamente la conmutación del pago de la legítima, sino facultando a alguno o algunos de sus hijos o descendientes para que, si así lo quieren, se adjudiquen todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no herencial. Este requisito para que resulten aplicables los artículos 841 y siguientes del Código Civil se cumple igualmente. En el presente caso, el contador-partidor, después de calcular las legítimas de las nietas del causante no procede al pago en metálico de su cuota pues afirma que tal cantidad no existe entre los bienes hereditarios del causante, sino que establece que tal cantidad sea pagada por los herederos. Este dato es de suma relevancia. El contador-partidor, por tanto, no está limitándose a contar y partir los bienes del causante, sino que está transformando la legítima de las nietas (que, como hemos visto antes es *pars bonorum* o *hereditatis* y que debería consistir necesariamente en bienes de la herencia) en un derecho de crédito frente a los demás herederos, a quienes ordena el pago en metálico de su cuota. Se transforma, con ello, la naturaleza del derecho que las legitimarias tienen en la herencia del causante. Con esta afirmación no se está en ningún caso sosteniendo que el contador-partidor se excediera en sus facultades (pues estaba expresamente autorizado por el testador a obrar como hizo), sino que se defiende que tal transformación de la legítima de las nietas sólo puede encontrar su justificación en la aplicación de los artículos 841 y siguientes del Código Civil. En este sentido, afirma la sentencia TS de 18 de julio de 2012 que las recurrentes entienden que esta autorización (para el pago en metálico de la legítima) convierte en un crédito la legítima *pars hereditatis*. Y desde el análisis puramente teórico llevan razón, porque según la doctrina, dicha autorización convierte al legitimario en un acreedor, que recibe la condición de legatario de crédito en la herencia donde esta posibilidad se ha establecido. Esta consecuencia es la que deriva de las normas que permiten esta conmutación. La configuración legal de la legítima en este caso impide la infracción del art. 841 CC, porque es la propia ley la que produce el cambio de naturaleza de la posición del legitimario en la herencia. Resulta claro de esta sentencia que tal

transformación de la naturaleza de la legítima sólo puede producirse cuando tenga un apoyo legal. En el presente caso se produce por la aplicación del artículo 841 CC. Estando por todas las razones hasta ahora expuestas la partición calificada sujeta a las reglas establecidas en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, resulta necesario, para proceder a la inscripción solicitada que, tras la práctica de las notificaciones a que se refiere el artículo 844 y en el plazo que el mismo establece, se acredite, bien la confirmación expresa de las nietas del causante, bien la aprobación por el Letrado de la Administración de Justicia o Notario de la partición. Así lo exige el artículo 843 CC al afirmar, tras la reforma operada por la Ley 15/2015 de 2 de julio, que salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación por el Secretario judicial o Notario. La misma exigencia resulta, desde una perspectiva registral, del artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario: La inscripción de las adjudicaciones de bienes hereditarios a alguno o algunos de los hijos o descendientes con obligación de pago en metálico de la porción hereditaria de los demás legitimarios, expresará que las adjudicaciones se verifican con arreglo al artículo 844 del Código civil, y se llevarán a cabo: a) Si se trata de adjudicación practicada por el testador, en virtud del testamento de éste si la contuviere, y, en otro caso, se acompañará, además, la escritura pública en que se contenga. b) Si se trata de adjudicación practicada por contador-partidor, en virtud del testamento del causante, de la escritura pública otorgada por aquél en que se contenga la adjudicación con fijación de la cuantía de los haberes de los legitimarios y en su caso, del documento público acreditativo de haberse conferido al contador dativo tal facultad. En ambos supuestos deberá acompañarse el documento en que conste la aceptación del adjudicatario o adjudicatarios y el que acredite la confirmación de los demás hijos o descendientes o la aprobación judicial (tras la reforma operada por la Ley 15/2015 debe entenderse la referencia hecha a la aprobación por el Letrado de la Administración de Justicia o Notario). El pago de la porción hereditaria de los legitimarios se hará constar por nota marginal mediante el documento público que lo acredite. La necesidad de confirmación de los demás descendientes o aprobación supletoria, incluso en el caso de que la partición haya sido realizada por el contador-partidor ha sido igualmente confirmada por el Tribunal Supremo, quien en sentencia de 22 de octubre de 2012, respecto a una partición realizada por comisario, afirma: En esta línea, y conforme a la tutela o salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima, el propio artículo 843 del Código Civil requiere, sin distinción alguna, la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes respecto de la liquidación y adjudicación de la partición practicada, pues en caso contrario será necesaria su aprobación judicial. De ahí, entre otros argumentos, que para la inscripción de los bienes hereditarios deba aportarse, necesariamente, dicha confirmación o, en su caso, la aprobación judicial (hoy por el Letrado de la Administración de Justicia o Notario) de la partición hereditaria. Parte dispositiva: Vistos los artículos citados, se procede a suspender los asientos solicitados hasta que tenga lugar la subsanación de los defectos advertidos. El asiento de presentación será objeto de la prórroga a que se refiere el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del documento a los efectos oportunos. Este acuerdo de calificación (...) Arévalo, veintiuno de abril de dos mil dieciséis. El Registrador (firma ilegible), Fdo. Carlos Américo Alonso».

III

El día 25 de mayo de 2016, don J. J. L., como contador-partidor y representante de doña M. D., don A. M. y don L. E. L. P., interpuso recurso contra la calificación en el que en síntesis, alega lo siguiente: Primero.—En inventario existe un saldo en una cuenta corriente de 12.658,33 euros en la herencia del causante y aunque es cotitular una de las herederas al 50%, el contador-partidor ha considerado que la totalidad de ese importe debe considerarse caudal hereditario, y como el importe de las legítimas de las nietas suma la cantidad de 10.749,96 euros, al estar ese activo en el caudal hereditario al fallecimiento del causante y superar lo que por legítima ha de entregárseles, debe considerarse que se están adjudicando bienes de la herencia; Segundo.—Entre la muerte del causante y la

partición definitiva de la herencia, se genera una comunidad hereditaria ante la presencia de varios coherederos y que persiste hasta la terminación del proceso. Esas cantidades de la cuenta corriente se mermaron ya que al ser todos los herederos, incluidas las nietas, coherederas copropietarias de distintos porcentajes de los bienes inmuebles por herencia de su abuelo y que en ella se soportaron gastos de obras financiadas en los bienes comunes, impuestos, comunidad de propietarios, Impuesto sobre Bienes Inmuebles, seguros, gastos de la herencia, etc., declaraciones fiscales y gastos del cuaderno particional. Por lo que no se paga con caudal extra hereditario, sino que se abonan con dinero de sus tíos, propio de su activo, que se habría mantenido intacto para el pago a sus sobrinas, como así se hace en la partición. Se ha pagado con bienes de la herencia y no propio de los herederos; Tercero.—Entre las facultades del contador-partidor están las de fijar las deudas, cargas y gastos hereditarios, actuaciones para determinar el activo y el pasivo hereditario, así como gastos de tasadores, notario, contador que tengan que ser abonados tras la partición. Por lo que la fórmula está dentro de sus competencias, y por lo tanto, nada perjudica la legítima ni los derechos de las nietas de impugnar la partición por las vías que la ley permite, para la defensa de su legítima por lesión o para su complemento; Cuarto.—El contador-partidor asume la obligación de que la adjudicación sea efectiva por la fórmula propuesta del reintegro en la cuanta mencionada en el inventario y por la diferencia hasta completar los 10.749,96 euros, por parte de los tíos o por cualquier otra determinada en derecho. Los tíos están de acuerdo, pues han firmado la partición e inventario, y que a las nietas les viene impuesto por la voluntad del testador, y Quinto.—En el «petitum» se solicita que el registrador inscriba y, además, cancele el usufructo que grava una de las fincas que figuran en el inventario.

IV

El día 30 de mayo de 2016, se comunicó la interposición del recurso al notario autorizante, quien, el día 7 de junio de 2016, remitió fax al Registro de la Propiedad de Arévalo manifestando que no procede hacer ninguna alegación.

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

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 841 y siguientes, 1063 y 1064 del Código Civil, en especial el 843 conforme la redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 80 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio y 22 de octubre de 2012, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de marzo de 2006, 25 de febrero y 17 de octubre de 2008, 6 de marzo de 2012, 13 de junio de 2013, 28 de febrero y 10 de abril de 2014 y 13 de febrero de 2015.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de protocolización de operaciones particionales de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: el testador «lega y manda a sus nietas doña R., doña M., y doña S. L. C., lo que por legítima estricta y corta les corresponda, que se les pagará en efectivo metálico»; hay nombrado contador-partidor testamentario que otorga la escritura, y comparecen al otorgamiento los herederos pero no las nietas legitimarias; en el cuaderno particional se adjudica a las nietas para el pago de su legítima estricta y corta, el saldo de una cuenta corriente, de la que es cotitular una de las herederas de manera que el 50% no cubre la cuantía de las legítimas de las nietas y además, el saldo a la fecha del otorgamiento ha disminuido con respecto al que existía al fallecimiento del causante ya que se han dispuesto cantidades necesarias para el pago de deudas y gastos de la herencia; se establece en el cuaderno particional que dado que el disponible real en dicha cuenta asciende a fecha 16 de febrero —dos días antes del otorgamiento— a 3.800,59 euros, las nietas legitimarias llevan de menos 6.949,35 euros, de los que corresponde a cada una la cantidad de 2.316,45 euros que les serán compensados en efectivo metálico por sus tíos don A., don L. y doña M. D. L. P.

El registrador señala como defecto, que resulta necesario para proceder a la inscripción solicitada que, tras la práctica de las notificaciones a que se refiere el artículo 844 del Código Civil y en el plazo que el mismo establece, se acredite, bien la confirmación expresa de las nietas del causante, bien la aprobación por el letrado de la Administración de Justicia o notario de la partición.

El recurrente alega que en una cuenta corriente del inventario existía al fallecimiento del causante un saldo suficiente para el pago de las legítimas; que ese saldo lo era al 50% con una de las herederas pero que asume el pago con sus derechos; que, aunque al otorgamiento de la escritura ha disminuido el saldo a una cantidad insuficiente para el pago de las legítimas, lo ha sido porque se han hecho gastos necesarios para la partición, tales como los fiscales, tasadores, gastos de Notaría, de cuenta y partición, obras en bienes comunes, impuestos, Impuesto sobre Bienes Inmuebles, seguros y otros gastos de la herencia, etc., pero que los herederos que han otorgado la partición se han comprometido a satisfacer el importe correspondiente de la diferencia entre el saldo real que hay ahora y lo que deben percibir las legitimarias, no siendo esos bienes extra hereditarios sino de la propia herencia puesto que fue tomado anticipadamente de ella, y que entre las facultades del contador-partidor está la de formular el activo y el pasivo de la herencia, por lo que la fórmula adoptada de que se pague la diferencia por los herederos con los anticipos tomados para gastos, está dentro de sus competencias, máxime cuando están de acuerdo los herederos y a las legitimarios les ha venido impuesto por el testador.

2. Como cuestión previa, respecto a la petición del recurrente de que se cancele el usufructo inscrito a favor del causante, en la escritura calificada no se ha solicitado la inscripción parcial, ni consta en el expediente que se haya hecho posteriormente de forma verbal o por escrito. El principio de rogación en la actuación del registrador, es requisito necesario para la práctica de la inscripción parcial, pues como ha dicho este Centro Directivo (por todas, Resoluciones de 28 de febrero y 10 de abril de 2014), el registrador no puede actuar oficiosamente ignorando el principio de rogación vigente en nuestro sistema registral. En consecuencia, siendo necesaria la solicitud de la inscripción parcial del documento para practicar la misma, no puede aceptarse la alegación formulada por el recurrente sino cuando cumplan los requisitos para ello.

3. En cuanto al fondo del expediente, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. «Vistos»), que siendo practicada la partición por el contador-partidor, no es necesaria la intervención de todos los legitimarios. En la calificación no se afirma lo contrario, ni se señala que sea necesaria la intervención de los legitimarios con carácter general en las particiones realizadas por el contador-partidor. El único defecto señalado es la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 841 y siguientes del Código Civil.

Así pues, hay que determinar en primer lugar si nos encontramos ante una facultad de pago de la legítima en metálico concedida por los artículos 841 y siguientes del Código Civil. En el testamento del causante, se nombra contador-partidor a quien se faculta «expresamente para llevar a efecto la partición y adjudicación de los bienes de la herencia y especialmente para la entrega del legado establecido en la cláusula primera», de la que resulta que «lega y manda a sus nietas (...) lo que por legítima estricta y corta les corresponda, que se les pagará en efectivo metálico».

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

Esto se cumple, y en consecuencia, del testamento de este expediente, resulta de forma clara la concesión de la facultad del testador para el pago de la legítima en metálico y la concurrencia de los requisitos para esta figura.

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

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

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

Centrados en el supuesto de este expediente, el contador-partidor, después de calcular las legítimas de las nietas del causante no procede al pago en metálico de su cuota ya que tal cantidad no existe entre los bienes hereditarios del causante, sino que establece que tal cantidad sea pagada por los herederos. El contador-partidor, por tanto, no está limitándose a contar y partir los bienes del causante, sino que está transformando la legítima de las nietas –que es «pars bonorum» y que debería consistir necesariamente en bienes de la herencia– en un derecho de crédito frente a los demás herederos, a quienes ordena el pago en metálico de su cuota. Se transforma, con ello, la naturaleza del derecho que las legitimarias tienen en la herencia del causante y como ha dicho la jurisprudencia (vid. «Vistos») se convierte en un crédito la legítima «pars hereditatis». La configuración legal de la legítima en este caso impide la infracción del artículo 841 del Código Civil, porque es la propia ley la que produce el cambio de naturaleza de la posición del legitimario en la herencia –como se sostiene en la calificación–. Resulta claro de la jurisprudencia que tal transformación de la naturaleza de la legítima sólo puede producirse cuando tenga un apoyo legal. En este caso se produce por la aplicación del artículo 841 del Código Civil.

Al no existir metálico hereditario suficiente en la herencia, se realizará el pago de la legítima con dinero que ya no procede del causante sino de los herederos, siendo el supuesto del artículo 841 del Código Civil.

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

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

Esto mismo resulta del artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario: «La inscripción de las adjudicaciones de bienes hereditarios a alguno o algunos de los hijos o descendientes con obligación de pago en metálico de la porción hereditaria de los demás legitimarios, expresará que las adjudicaciones se verifican con arreglo al artículo 844 del Código civil, y se llevarán a cabo: (...) En ambos supuestos deberá acompañarse el documento en que conste la aceptación del adjudicatario o adjudicatarios y el que acredite la confirmación de los demás hijos o descendientes o la aprobación judicial» -tras la reforma operada por la Ley 15/2015 debe entenderse la referencia hecha a la aprobación por el letrado de la Administración de Justicia o notario-.

Ciertamente, de la escritura y de la documentación presentada no resulta que el pago se haya realizado ni hay dinero en la herencia para el mismo ya que se ha gastado antes de las operaciones particionales en otras atenciones. Tan sólo se compromete el contador a que el pago se realice en el tiempo más breve posible. No se les paga con bienes de la herencia a las legitimarias, sino que el contador ordena el pago a los herederos, mutando la «pars bonorum» en un derecho de crédito, por lo que deben exigirse las garantías y cautelas de los 841 y siguientes del Código Civil.

En consecuencia, no cabe la inscripción sino hasta que las nietas presten su consentimiento o en su caso apruebe el notario o el letrado de Administración de Justicia la partición.

En el supuesto en que se proceda a su aprobación por el notario, esta aprobación notarial de la partición realizada por el contador a la que se refiere el artículo 843 del Código Civil es diferente a la autorización de la escritura de partición.

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

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

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

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

Madrid, 18 de julio de 2016.-El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo