

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9200 *Resolución de 2 de julio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de San Sebastián n.º 4, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Francisco Javier Oñate Cuadros, notario de San Sebastián, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de San Sebastián número 4, doña María del Carmen Prieto Bedoya, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de San Sebastián don Francisco Javier Oñate Cuadros, de fecha 26 de noviembre de 2019, se otorgó la aceptación y adjudicación de la herencia causada por el fallecimiento don IAN, ocurrido el día 3 de octubre de 2019, en estado de casado con doña MBGM y de cuyo matrimonio tuvo tres hijos llamados don G, don P y doña M. Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento mancomunado junto con su esposa, de fecha 29 de agosto de 2017, ante el mismo citado notario, en el cual dispusieron lo siguiente: «Primera. Ambos esposos se nombran recíprocamente comisarios de su herencia, de manera que el sobreviviente, mientras permanezca viudo, no conviva maritalmente con otra persona o tenga un hijo no matrimonial, salvo acuerdo unánime de los hijos comunes, ostentará la facultad vitalicia de ordenar la herencia del causante, distribuyendo libremente sus bienes, derechos, acciones, obligaciones, cargas y deudas entre sus descendientes comunes. Segunda. En uso de sus facultades, el cónyuge comisario, podrá, entre otros, nombrarse a sí mismo heredero del premuerto y/o adjudicarse bienes y derechos libremente, sin más límites que los establecidos por la citada Ley 5/2015 del Parlamento Vasco. Tercera. Para el caso de fallecer ambos sin hacer uso de la facultad contenida en la cláusula primera, instituyen herederos por partes iguales a sus dos (sic) citados hijos G, P y MAG a quienes sustituyen para los casos de premoriencia, conmoriencia o incapacidad para heredar por sus respectivos descendientes, operando el derecho de acrecer en caso de no haber descendencia».

En la citada escritura, la viuda doña MBGM, como única otorgante y en su calidad de comisaria, haciendo uso del poder testatorio conferido por su difunto esposo, se nombra a sí misma heredera universal del testador y acepta la herencia; en su calidad de «comisaria de la herencia de su esposo y de heredera universal de éste», manifiesta «bajo su responsabilidad que la obligación de pago de las legítimas de los descendientes se ha cubierto sobradamente con las donaciones que el causante les hizo en vida»; por último, se adjudica la totalidad de los bienes descritos en la parte expositiva de esta escritura, una mitad por su participación en la sociedad de gananciales y la otra en su condición de heredera del causante.

La otorgante, se reserva como comisaria la facultad de designar uno o varios legitimarios de conformidad con lo dispuesto en el poder testatorio y expresa que en el caso de que el registrador lo estime necesario, consiente que se haga constar en la inscripción la mención a que se refiere el artículo 15 de la Ley Hipotecaria en favor del legitimario que en su momento designe la comisaria-heredera o, en su defecto, tengan tal consideración con arreglo a lo dispuesto en la ley civil vasca.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad número 4 de San Sebastián el día 5 de diciembre de 2019, y fue objeto de calificación negativa de 9 de enero de 2020, que a continuación se transcribe en lo pertinente:

«La Registradora de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado a las nueve horas el día 05/12/2019 bajo el asiento número 1652 del tomo 30 del Libro Diario, suspende la inscripción en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho.

Hechos: Se presenta escritura de aceptación y adjudicación de herencia autorizada por Don Francisco Javier Oñate Cuadros el veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve, número 2396 de protocolo.

En dicha escritura únicamente interviene Doña B. G. M., viuda del causante. Don I. A. N. falleció el tres de octubre de dos mil diecinueve, vigente el testamento otorgado ante el mismo notario que autorizada la escritura de aceptación y adjudicación el día veintinueve de agosto de dos mil diecisiete, número 1676 de protocolo.

En dicho testamento mancomunado los esposos dispusieron,

Primero: Ambos esposos se nombran recíprocamente comisarios de su herencia, de manera que el sobreviviente (...) ostentará la facultad vitalicia de ordenar la herencia del causante (...) distribuyendo libremente sus bienes (...) entre sus descendientes comunes.

Segundo: En uso de sus facultades, el cónyuge comisario, podrá, entre otros, nombrarse a sí mismo heredero del premuerto y/o adjudicarse bienes y derechos libremente, sin más límites que los establecidos en la Ley 5/2015 del Parlamento Vasco.

Tercero: Para el caso de fallecer ambos sin hacer uso de la facultad contenida en la cláusula primera, instituyen herederos por partes iguales a sus dos citados hijos G., P. y M.

En la referida escritura de aceptación y adjudicación, Doña B. G. M., como comisaria y haciendo uso del poder testatorio conferido,

Primero: Se nombra a sí misma heredera universal de su esposo y acepta la herencia.

Segundo: En su calidad de comisaria de la herencia de su esposo y heredera universal de éste, manifiesta bajo su responsabilidad que la obligación de pago de las legítimas de los descendientes se ha cubierto sobradamente con las donaciones hechas en vida.

En todo caso se reserva la comisaria la facultad de designar uno o más legitimarios según lo dispuesto en el poder testatorio.

Tercero: Doña M. B. G. M. se adjudica la totalidad de los bienes descritos en la parte positiva, una mitad por su participación en la sociedad de gananciales y la otra en su condición de heredera del causante.

Cuarto: Solicita la inscripción a su nombre de los bienes adjudicados. En caso de que el Registrador lo estime necesario, consiente se haga la mención a que se refiere el artículo 15 de la Ley Hipotecaria a favor del legitimario que designe la comisaria-heredera o tenga tal consideración con arreglo a la ley civil vasca.

Fundamentos de Derecho.

– El modo en que la viuda ejercita el poder testatorio que le es conferido, nombrándose a sí misma heredera universal del causante y adjudicándose el total haber hereditario, sobrepasa los límites impuestos por los seguidamente citados artículos de la Ley de Derecho Civil del País Vasco.

Estos artículos fijan como límite para el poder testatorio el respeto a los derechos legitimarios de los herederos forzosos. No basta la manifestación que se realiza de haber sido “sobradamente satisfechas las legítimas de los descendientes por las donaciones

que el causante les hizo en vida”, sin que se recoja la identificación y valoración de las mismas como exige el artículo 59, también de la Ley de Derecho Civil Vasco. Añade además el artículo 60, que la fijación del valor de los bienes en el caso de existir poder testatorio, se hará por el comisario sólo si no tuviese interés en la sucesión.

El artículo 43.1 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco dispone que el comisario podrá ejercitar el poder testatorio (...) sin más limitaciones que las que impone la ley. El artículo 33.3 señala que, sólo “a falta de herederos forzosos, el comisario podrá designar sucesores libremente”.

El artículo 48 impone al causante la obligación de transmitir la legítima a sus legitimarios, pudiendo elegir uno o varios y apartar expresa o tácitamente.

El artículo 47 impone como legitimarios a los hijos y descendientes del causante en cualquier grado y al cónyuge viudo o miembro de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria en concurrencia con cualquier heredero.

Son los artículos 49 y 52 los que fijan la cuantía de la legítima de los descendientes y del viudo o pareja, en un tercio del caudal hereditario para los primeros, y en el usufructo de la mitad del mismo para el segundo.

– Doña B. G. M. liquida la sociedad de gananciales por sí sola. Ésta liquidación no puede realizarse unilateralmente, sino que es preciso el concurso de los herederos del causante. El artículo 142 de la Ley de Derecho Civil Vasco sí contempla la autoadjudicación de bienes por el cónyuge viudo comisario, pero no en el supuesto de la sociedad de gananciales, sino para el caso de régimen de comunicación foral de bienes.

– Asimismo, tal y como reconoce la Dirección General en Resolución de 4 de Julio de 2019, aunque colectiva, la naturaleza de la legítima foral vasca sigue manteniéndose como “pars valoris bonorum”. En consecuencia, la existencia de legitimarios implica la necesaria intervención de los mismos en la partición.

No se toma anotación de suspensión por no haber sido solicitada. Contra esta calificación... (Oferta de recursos).»

III

No se solicitó calificación sustitutoria.

IV

El día 7 de febrero de 2020, don Francisco Javier Oñate Cuadros, notario de San Sebastián, interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente:

1. Acerca de la (no) necesidad de liquidación de la sociedad de gananciales como presupuesto para el ejercicio del poder testatorio. Entrando en el análisis del primer defecto, la imposibilidad de que la viuda pueda por sí sola liquidar la sociedad de gananciales y de disponer de bienes sin previa liquidación, como primera aproximación señalaremos que parece absurdo pensar que el viudo comisario pueda ostentar un poder de disposición sobre bienes totalmente ajenos como son los privativos de su cónyuge premuerto, mientras que no puede ostentarlo sobre bienes comunes, en parte propios y en parte de su consorte... excepto cuando el régimen económico del matrimonio sea el de comunicación foral de bienes. Sin embargo, esa es la opinión de la Sra. Registradora, para quien el art. 142 LDCV, «sí contempla la autoadjudicación de bienes por el cónyuge viudo comisario, [sin liquidación de la sociedad conyugal] pero no en el supuesto de la sociedad de gananciales, sino para el caso de régimen de comunicación foral de bienes».

Como se desprende de la mera lectura del artículo 142, el precepto no impone al cónyuge-comisario la liquidación de la sociedad para el ejercicio de sus facultades y menos aún una forma determinada de hacerlo. Es doctrina asentada -hecho aceptado por la registradora- que una vez producida por el fallecimiento de uno de los cónyuges la

comunicación foral de bienes, el ejercicio del poder testatorio para disponer de bienes concretos de la sociedad postmatrimonial, no exige ni implica su liquidación. Es discutido, a nivel teórico -y así lo hace la registradora-, si estas facultades rigen también cuando el régimen es el de la sociedad de gananciales. En opinión del notario recurrente, no existe razón alguna para considerar que la solución deba ser diferente. Dicha duda teórica surge únicamente por la ubicación del precepto en sede del régimen de comunicación foral de bienes y, en consecuencia, cuál sería su verdadera naturaleza jurídica. Si fuera de carácter sucesorio, lo que sería criticable sería su ubicación sistemática que debería ser la sección relativa al ejercicio del poder testatorio, siendo irrelevante el régimen económico matrimonial. En apoyo de esta tesis, cabe citar el tenor literal de la norma, que únicamente hace referencia implícita al régimen de comunicación foral de bienes precisamente para exceptuar lo dispuesto en el art. 140 LDCV, conforme el cual se consolida la comunicación foral de bienes y se transforma en comunidad de bienes entre el cónyuge viudo y los sucesores del premuerto.

Si consideramos que la norma tiene carácter familiar y no sucesorio, habrá que estar a las normas reguladoras de la comunidad postmatrimonial que, por simplificar, denominaremos postganancial. Y si fuera este el caso, tampoco resultaría lícito deducir a fortiori que para los casos en que el régimen no sea el de comunicación foral, la regla decaería. En efecto, el régimen de comunicación foral de bienes se caracteriza por ser más intenso que el de gananciales del Código Civil. En síntesis, se trata, habiendo descendientes comunes, de una comunidad universal de tipo germánico diferida al fallecimiento de uno de los cónyuges, momento en el que todos los bienes «se comunican», esto es, se hacen comunes, sin distinción entre gananciales y privativos. Para asegurar la comunicación, constante matrimonio, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para la disposición y gravamen de sus respectivos bienes privativos, de forma similar a lo que ocurre en el consorcio matrimonial aragonés en relación con el derecho expectante de viudedad.

En este contexto normativo, tiene sentido aclarar qué facultades corresponderían al cónyuge comisario -a salvo lo dispuesto por el testador- en orden a la disposición y a la autoadjudicación de bienes comunes, dado que la normativa específica de este régimen de comunidad más intenso y extenso que el de gananciales podría excluirlas, frustrando la finalidad propia del poder testatorio, tan arraigado en la práctica sucesoria, foral vizcaína. Sin perjuicio de que, como más adelante se verá, se pueda considerar este precepto superado por la nueva normativa contenida en los artículos 30 y siguientes de la Ley.

La LDCV no ha establecido una regulación vasca de la sociedad de gananciales. El art. 127 establece como régimen legal supletorio el de gananciales del Código Civil, cuando no resulte de aplicación el de comunicación foral de bienes. Podría discutirse si la invocación a la normativa en bloque implica una remisión estática o una aplicación supletoria, de carácter dinámico, pero en ambos casos resulta indudable que la aplicación del Código Civil deberá hacerse de forma armónica con los principios y regulación del derecho civil vasco, principio que aún en forma técnicamente no demasiado acertada, expresa el art. 3.2 LDCV.

En consecuencia, con lo expuesto se impone una misma solución, perfectamente lógica por otra parte: Si el art.142 LDCV responde a la necesidad de resolver un problema de choque de legitimidades cuando todos los bienes de los cónyuges, privativos y gananciales se convierten en postgananciales, la misma solución deberá ser aplicada cuando sólo devienen postgananciales los que vigente el matrimonio tenían carácter ganancial.

Esta misma solución, con un criterio sorprendentemente mucho más amplio, adopta el artículo 831.1 del Código Civil cuya aplicación, sea de forma directa o supletoria, debidamente adaptada a las peculiaridades del sistema sucesorio vasco resulta indiscutible: «... realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de

bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar».

A diferencia del art. 142 LDCV, el precepto se ubica, de forma técnicamente más correcta en mi opinión, en sede de sucesiones y es aplicable a toda sucesión regida por el Código Civil con independencia del régimen económico del matrimonio y por supuesto como no podría de ser de otra manera, cuando éste sea el legal supletorio de la sociedad de gananciales. Resulta evidente por tanto que el comisario viudo sujeto al régimen legal de gananciales del Código Civil, salvo que el testador comitente hubiera dispuesto lo contrario, está perfectamente autorizado para hacer adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos o particiones, incluso cuando tengan por objeto bienes que formen parte de la sociedad conyugal sin liquidar y que los límites para el ejercicio de tales facultades serán los que determine la ley sucesoria.

Esta posibilidad, discutida por la registradora, goza además del respaldo incondicional de la Disposición Transitoria Quinta LDCV, aplicable tanto respecto de poderes testatorios como fiducias anteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/2015: «Actos de disposición otorgados al amparo del artículo 831 del Código Civil y del artículo 13 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco. Serán válidos plenamente los actos de disposición otorgados al amparo de lo dispuesto en el artículo 831 del Código Civil y del artículo 13 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco.». Y también cuenta con el aval del artículo 33.1 LDCV, que arroja la luz definitiva sobre el asunto y anticipa los argumentos que desarrollaremos en el siguiente epígrafe: «Límites del poder testatorio. 1. El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio, que no podrá modificar bajo ningún concepto; y, en su defecto, tendrá todas las facultades que correspondan al testador según esta ley y el derecho supletorio.». Apuntemos de momento que, además, el art. 35 LDCV permite al comisario la autoadjudicación de bienes que le hubiese atribuido el causante (sin distinción entre comunes y privativos) y el 43.1 LDCV ejercer el poder testatorio sin más limitaciones que las que la ley impone al testador.

Por último, en el caso de que fuera precisa la liquidación de la sociedad de gananciales habrían de hacerla, en su caso, el cónyuge viudo y los herederos del premuerto. De haber sido nombrada heredera la viuda, agotaría el poder de disposición sobre el patrimonio postganancial. Habiendo sido la comisaria facultada en testamento (mancomunado) para nombrarse heredera, si así lo hiciera, como es el caso, nos encontramos en la misma situación. Esta solución aparentemente chocante sólo lo es si se enfoca la cuestión desde el prisma del carácter personalísimo de la disposición testamentaria, por un lado y desde una concepción de las legítimas como una parte de la herencia (*pars hereditatis* o *pars bonorum*), por otro, que son propios del sistema del Código Civil. De ahí algunas críticas doctrinales a la heterodoxia del art. 831 CC y su tan necesario como difícil encaje en su sistema sucesorio. Sin embargo, tales dogmas o piedras angulares son por completo ajenos al sistema sucesorio vasco, como se va a desarrollar a continuación, donde no existen más dificultades que las producidas por una indebida trasposición indiscriminada de conceptos y preceptos del Código Civil, ajenos a la lógica interna del sistema sucesorio vasco, que se rige por otros diferentes.

2. Facultades del comisario en la legislación civil vasca. El carácter personalísimo de la ordenación sucesoria está expresamente excluido, bien que sujeto a formalidades *ab substantiam*, al establecer como modo normal e incluso privilegiada, la sucesión por comisario: se plasma en los artículos 30, de la sucesión por comisario, 33.1, que sugiere un orden normativo rector de las facultades del comisario que es precisamente el contrario del que resulta de la calificación de la registradora: Primero, la voluntad del comitente manifestada en testamento ante notario, pacto sucesorio o capitulaciones matrimoniales y sólo a falta de lo anterior las disposiciones legales. En el sistema civil vasco, las normas tienen un inequívoco carácter dispositivo. Es un corolario necesario del principio general de libertad civil, que es fuente del derecho civil vasco, que obliga a probar su imperatividad, no a presuponerla: «Artículo 4. El principio de libertad civil. De

acuerdo con el principio de libertad civil, tradicional en el Derecho civil vasco, las leyes se presumen dispositivas (...). Pero por si lo anterior no fuera suficiente, existe un precepto específico -artículo 46- aplicable a las facultades del comisario que las refuerza enormemente: «La voluntad del testador como criterio de interpretación. La voluntad del testador prevalece siempre en la interpretación y aplicación de las normas de esta sección.». Los preceptos mencionados eximirían por sí mismos de cualquier argumentación adicional. Lejos de ser preceptos anómalos o excepcionales, no hacen sino reforzar -de forma necesaria ante los embates del moderno derecho castellano surgido del Código Civil- una institución básica del derecho histórico vasco (a pesar de que también lo había sido en el derecho histórico castellano y lo seguía siendo en el aragonés). Que llevaron a ignorar la opinión del mismísimo García Goyena en sus Comentarios al artículo 663 del Proyecto de Código Civil de 1851, que según la Base 1.^a es el fundamento de nuestro Código Civil, así lo establecía. Sin perjuicio de insistir en su carácter dispositivo y subordinado a la voluntad del causante y que por tanto no pueden ser interpretados como una restricción de la facultad del comisario de hacer todo aquello que habría podido hacer el causante y éste no le haya prohibido (art.43.1), recordemos algunos de los preceptos de la LDCV: artículos 32, 33,34, 35, 37, 41, 42, 43. Este último precepto podría constituir un obstáculo a nuestra pretensión; sin embargo, sólo es aplicable antes de que el comisario ejerza el poder testatorio como administrador del patrimonio hereditario -y disponga de dichos bienes sin ejercerlo- pero no después de haberlo ejercido, momento en que los bienes ya no formarán parte del patrimonio hereditario y cuya disposición se regirá por las normas generales. En otro caso no tendría sentido el art. 35 LDCV que, como hemos visto, no exige el consentimiento de los legitimarios para que el viudo comisario pueda autoadjudicarse los bienes que el testador le haya atribuido o le haya permitido atribuirse, que para el caso es lo mismo. Y finalmente, reiteramos una vez más que: «Artículo 46. La voluntad del testador como criterio de interpretación. La voluntad del testador prevalece siempre en la interpretación y aplicación de las normas de esta sección».

De los preceptos indicados se deducen varias conclusiones clarísimas en relación con las facultades del comisario: a) El comisario puede hacer todo aquello que la ley permite hacer al testador y éste no le haya prohibido. b) Para que el comisario esté legitimado para realizar un acto no es necesario que la ley lo autorice expresamente. c) El ámbito de las facultades naturales del comisario se amplían considerablemente cuando se trata del cónyuge viudo. d) La voluntad del testador/comitente, expresada en la forma que la ley establezca, prevalece siempre frente al precepto legal contrario. e) En el testamento mancomunado, ambos cónyuges se facultaron para instituirse recíprocamente herederos, de manera que el ejercicio del poder testatorio en tal sentido adjudicándose los bienes de la herencia y asumiendo las deudas respondiendo de ellas con su propio patrimonio, aun con el límite del valor de lo heredado, está perfectamente ajustado a derecho.

En consecuencia, el verdadero quid de la cuestión se circunscribe a las facultades del testador o del comisario en la ordenación de la sucesión y los límites impuestos al ejercicio de su autonomía de la voluntad -libertar de disponer mortis causa- por la ley sucesoria y en particular, por las legítimas.

3. La legítima como límite a la libertad de testar. Naturaleza jurídica y su encaje con la figura del comisario. Habiendo demostrado que no existe ningún obstáculo legal ni convencional para el ejercicio del poder testatorio en la forma efectuada en la escritura pública cuestionada, resta analizar un último problema, quizá el de mayor enjundia, por cuanto la consideración del carácter de la legítima vasca podría dejar sin efecto práctico mucho de lo dicho hasta aquí. Esto es, que el viudo comisario no podía hacer lo que ha hecho (nombrarse heredero y autoadjudicarse bienes) porque tampoco podía haberlo hecho el testador sin infringir la normativa reguladora de la legítima. Señala la registradora lo siguiente: «Estos artículos fijan como límite para el poder testatorio el respeto a los derechos legitimarios de los herederos forzosos. No basta la manifestación que se realiza de haber sido «sobradamente satisfechas las legítimas de los

descendientes por las donaciones que el causante les hizo en vida», sin que se recoja la identificación y valoración de las mismas como exige el artículo 59, también de la Ley de Derecho Civil Vasco. Añade además el artículo 60, que la fijación del valor de los bienes en el caso de existir poder testatorio, se hará por el comisario sólo si no tuviese interés en la sucesión. El artículo 43.1 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco dispone que el comisario podrá ejercitar el poder testatorio (...) sin más limitaciones que las que impone la ley. El artículo 33.3 señala que, sólo «a falta de herederos forzosos, el comisario podrá designar sucesores libremente». El artículo 48 impone al causante la obligación de transmitir la legítima a sus legitimarios, pudiendo elegir uno o varios y apartar expresa o tácitamente. El artículo 47 impone como legitimarios a los hijos y descendientes del causante en cualquier grado y al cónyuge viudo o miembro de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria en concurrencia con cualquier heredero. Son los artículos 49 y 52 los que fijan la cuantía de la legítima de los descendientes y del viudo o pareja, en un tercio del caudal hereditario para los primeros, y en el usufructo de la mitad del mismo para el segundo.

Asimismo, tal y como reconoce la Dirección General en Resolución de 4 de Julio de 2019, aunque colectiva, la naturaleza de la legítima foral vasca sigue manteniéndose como «pars valoris bonorum». En consecuencia, la existencia de legitimarios implica la necesaria intervención de los mismos en la partición.

Para refutar las anteriores afirmaciones, como primera aproximación, retornamos al Comentario de G. G., quien señala que «Esta facultad [fiduciaria] era de suma importancia, atendida la legislación foral, por la que va a ser casi nominal la legítima de los hijos.». Llamamos la atención sobre la frase utilizada por la propia registradora: «El artículo 48 impone al causante la obligación de transmitir la legítima a sus legitimarios, pudiendo elegir uno o varios y apartar expresa o tácitamente».

Una obligación de transmitir no se puede identificar sin más con un derecho real (actual o expectante) sobre los bienes de la herencia; tampoco con un ius ad rem ni con una prohibición de disponer. Más bien insinúa lo contrario, teniendo en cuenta que el legitimario no es, por tal condición, heredero forzoso en el sistema sucesorio vasco, aunque en algún precepto siga subsistiendo tal denominación. Ciertamente es que la RDGRN 4-7-2019 habla de la legítima vasca como pars valoris bonorum, pero lo hace en un supuesto cuya solución no es aplicable al presente, precisamente porque en aquel había herederos. En línea similar, la SAP Guipúzcoa de 13-5-2019 señaló que «la Ley 5/15 regula también la legítima como cuota o parte de la herencia, al igual que lo hace el derecho común (sic)», aunque se desprende de su lectura que lo hace con escaso cuidado técnico, como mero obiter dicta para reforzar la argumentación de su fallo, basado en realidad en las disposiciones de un testamento otorgado con arreglo al Código Civil, pero en que la sucesión estaba regida por la Ley civil vasca.

El parecer de la jurisprudencia histórica es otro. La STSJ PV de 7 de enero de 2005 - sobre la LDCFPV, dispuso lo siguiente: «... la función de designar sucesor o sucesores no la realiza el derecho vizcaíno con normas imperativas, sino con la libertad de testar circunscrita dentro de cada grupo familiar, y confiando en el buen criterio del padre o madre de familia, rectamente formado por costumbres sanamente vividas y tradiciones familiares inmemoriales. (...)».

Señala la RDGRN 4-7-2019 que «los antecedentes históricos, que nos servirían para las zonas tradicionalmente sujetas a la legislación vasca, no pueden ser tenidos en cuenta para la naturaleza de una legítima aplicable a la totalidad del País Vasco». Tan radical afirmación es contraria a la letra y el espíritu del artículo 149.1.8.º de la Constitución, que sólo permite la asunción de competencias en materia de derecho civil a las CC.AA. que lo tuvieron en el momento de su entrada en vigor, al art. 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, que aclara que la competencia se extiende a la determinación del ámbito territorial de vigencia del derecho civil vasco, criterio asumido sin reservas por el Dictamen del Consejo de Estado de 27-5-1993, así como a la jurisprudencia del TC que anuda la expresión «desarrollo» a la existencia de una conexión, próxima o remota al derecho preexistente, actual o histórico. Y también

contraria al art. 3.1 del Código Civil, de aplicación general conforme al propio art. 149.1.8 CE a cuyo tenor, «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Por contraste, en el Código Civil la legítima es una porción de bienes de la que el testador no puede disponer (artículo 806). Más que asimilación o parecido en la terminología, lo que se observa es más bien un distanciamiento de la utilizada tanto en el Código Civil como en la ley del 92. Se comprende mucho mejor la naturaleza de la legítima vasca mediante una definición aglutinadora reordenando los distintos preceptos legales: la legítima es “un valor económico que se calcula por una cuota sobre la herencia y que el causante tiene la obligación de transmitir a determinados sucesores por herencia, legado, donación o por cualquier otro modo”. No parece que tan profundo cambio terminológico deba ser inane. Huelga reiterar una vez más que las limitaciones a la libertad civil (y cual mayor que la de disponer mortis causa) deben ser interpretadas en sentido restrictivo, conforme a los criterios canónicos de interpretación de las normas jurídicas (arts. 9.3 CE, 4.2 CC y 4 LDCV). Sería absurdo que el enorme esfuerzo normativo tendente a la unificación del derecho civil vasco, sin perjuicio del mantenimiento de las especialidades del Valle de Ayala y de los caseríos guipuzcoanos acabase perpetuando una interpretación de la legítima de los descendientes diferente en Vizcaya y en Guipúzcoa, teniendo que tenerse en cuenta en cada caso sus distintos antecedentes normativos.

Los antecedentes no pueden limitarse estrictamente a la legislación y jurisprudencia anterior a la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco; no se pueden obviar los proyectos y borradores que sirvieron de base a la formulación final de la citada Ley. La atribución de la vecindad civil vasca ope legis, no puede en modo alguno desligarse de la deliberada e indiscutible intención de avanzar hacia una mayor libertad a la hora de testar, trasunto de la libertad civil característica del Derecho civil vasco por un lado, mediante una gran reducción de la cuantía de la legítima, tanto respecto del derecho vizcaíno como del Código Civil, la supresión de la legítima de los ascendientes y finalmente, por la consideración de la legítima, a diferencia de la Ley 3/93, como un valor económico sobre la herencia, que no ha de recaer por necesidad sobre los mismos bienes de la herencia, pudiendo ser atribuida a los descendientes por cualquier título, no ocurriendo así en el caso del viudo.

Señala el artículo 497.1 del Código de Derecho Foral de Aragón que, «La legítima debe atribuirse en bienes relictos», fórmula totalmente alejada a la que «cuota sobre la herencia que se calcula por su valor económico» utilizada por el legislador civil vasco. Es muy clara la diferencia entre el régimen jurídico de la legítima aragonesa, también de libre reparto entre los descendientes y la vasca, no sólo por su mayor cuantía (1/2 de la herencia), sino por su carácter de pars bonorum. El carácter de pars valoris de la legítima de los descendientes en el derecho civil vasco se deduce también de forma indubitada si la comparamos con la regulación de la legítima viudal. La sustancial reducción de la legítima de los descendientes, en cuantía y en cualidad, ha venido acompañada de un notable robustecimiento de la viudal, que no sólo ha visto incrementada su cuantía habiendo descendientes (usufructo de 1/3 a 1/2, más el derecho de habitación sobre la vivienda conyugal), sino también en su cualidad.

Por una parte, los derechos reconocidos al cónyuge viudo no se consideran gravámenes de la legítima, lo que resulta de los artículos 56 y siguientes. En cuanto a qué debe entenderse por derechos reconocidos al cónyuge viudo, evidentemente son los de carácter legitimario, pero también los que le atribuya la ley o el testador en su condición de comisario, puesto que la ley no se refiere a los «derechos legitimarios del cónyuge viudo» o a los «derechos reconocidos por la ley al cónyuge viudo». Y por otra, además de sobreponerse a la de los descendientes, que están obligados a soportarla, la

legítima viudal goza de una especial protección en la ley vasca, de la que carece la de los descendientes, conforme resulta del artículo 53:

En definitiva, razonar según el argumento de que «si el legislador vasco hubiera querido configurar la legítima como un derecho de crédito lo habría dicho expresamente» es una mera petición de principio, una presunción que sobre carecer de base en la propia Ley, es contradicha por el hecho de que cuando ha querido reforzar la naturaleza de la legítima lo ha hecho expresamente. No es la ausencia de limitación, el menor alcance de ésta o la libertad lo que ha de ser demostrado, sino todo lo contrario.

Todo ello hace que la afirmación de la registradora y de la propia DGRN en el sentido de que la legítima de los descendientes en el Derecho civil vasco es *pars valoris bonorum*, sea muy difícil de sostener, ya que partiendo de su tesis argumental sólo cabe que la legítima vasca sea una parte de la herencia, como lo era en la Ley del 92, si es que se considera que el cambio terminológico no supone modificación sustantiva alguna o por el contrario, en ausencia de precepto que garantice sobre los bienes de la herencia el pago de la legítima de los descendientes, a diferencia de la del viudo, es un derecho de crédito contra la herencia, sin afección real legal sobre los bienes que la integran. A salvo, claro está, de lo que pudiera decretarse judicialmente en defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima.

Objeta por lo demás la registradora que «No basta la manifestación que se realiza de haber sido “sobradamente satisfechas las legítimas de los descendientes por las donaciones que el causante les hizo en vida”, sin que se recoja la identificación y valoración de las mismas como exige el artículo 59, también de la Ley de Derecho Civil Vasco. Añade además el artículo 60, que la fijación del valor de los bienes en el caso de existir poder testatorio, se hará por el comisario sólo si no tuviese interés en la sucesión.». Respecto a lo primero, es obvio que la manifestación del viudo por sí sola no puede perjudicar a los descendientes. Pero también lo es que este simple hecho no les confiere ningún derecho a obstaculizar e impedir el ejercicio del poder testatorio en los amplísimos términos en que ha sido conferido, sin perjuicio de las acciones que les correspondan y las medidas que se tomen en el ámbito judicial. En cuanto a la segunda afirmación, es preciso tener en cuenta lo señalado por la RDGRN 27-2-2019: «(...) respecto del ámbito notarial y registral cabe recordar que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial)... (cfr. Resoluciones de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2001, 21 de noviembre de 2014 y 2 de agosto y 5 de octubre de 2018).».

A la vista de la terminante declaración del CD, si el testador hubiera dispuesto en el propio testamento que la legítima ya había sido satisfecha en vida e instituido heredero al viudo, como tal habría de ser respetado y ejecutado, sin que tales manifestaciones pudieran cuestionadas fuera del ámbito judicial, a falta de un precepto legal que indicase otra cosa de forma terminante. El mismo principio será de aplicación cuando el testador ha delegado en el viudo todo lo relativo a la institución de heredero (habiéndole autorizado a la viuda comisaria a nombrarse heredera y autoadjudicarse los bienes de la herencia), dado que el comisario puede hacer todo lo que la ley permite al testador y éste no le haya prohibido.

La valoración de los bienes a los efectos del cálculo de la legítima corresponde si no hay nombrado comisario, a los coherederos con el viudo o a éste con el contador-partidor designado por el testador. Y si hay nombrado comisario, por este mismo, si no tuviese interés en la sucesión o, en caso contrario, a éste con el contador-partidor o con los sucesores legitimarios presuntos (con los designados por el testador o el comisario), conforme al art. 60 LDCV.

Ahora bien, ¿qué efectos produce la falta de concurso o acuerdo de estos últimos en el inventario y valoración? Como se ha argumentado y demostrado sobradamente, en el sistema sucesorio vasco, a diferencia de la dispensada al cónyuge viudo, la protección de los descendientes legitimarios, al menos habiendo viudo, no es *ex ante* sino *ex post*.

En este sentido, la Ley 5/2015 no erige a la valoración y el inventario de los bienes sobre los cuales haya de ser calculada la cuota legitimaria como presupuesto jurídico o fáctico previo para que las disposiciones testamentarias, incluyendo el ejercicio del poder testatorio aunque a estas alturas parezca superfluo recordarlo, surtan plenos efectos en el plano extrajudicial, mientras no sean impugnadas.

Lo mismo ocurre en el sistema del Código Civil, en presencia de contador-partidor, sin perjuicio de los derechos de herederos, legatarios de parte alcuota y legitimarios para impugnar la partición. A falta de contador-partidor, la intervención de los legitimarios en la partición se debe a la especial protección de la legítima en el sistema del Código Civil. Y en todo caso, a pesar de que los acreedores pueden intervenir en la formación de inventario, no se requiere acreditar siquiera la posibilidad de haber intervenido, ni su participación, concurso y mucho menos acuerdo, para la formación del inventario y valoración de los bienes, sin perjuicio de las medidas cautelares y acciones judiciales que les correspondan, para que los sucesores puedan inscribir sus derechos sobre los bienes relictos.

En este sentido, lo señala el art. 34 LDCV. Esto es, los «presuntos sucesores» pueden exigir judicialmente la realización de inventario por el comisario, si éste no lo hubiera confeccionado en el plazo de seis meses, así como la impugnación del mismo o del avalúo de los bienes, pero ni este precepto ni ningún otro permite inferir que su falta de consentimiento prive de eficacia, al menos en el plano extrajudicial, a lo decidido por el testador o el comisario. A falta de disposición en contrario del testador, la formación de inventario sólo es una obligación del comisario si lo solicitan acreedores o sucesores presuntos, deberes fiscales aparte y en ningún caso su ausencia constituye obstáculo para la eficacia del poder testatorio. Por otra parte, el ejercicio del poder testatorio no supone una valoración del caudal a efectos del cálculo de la legítima, ni prejuzga ni perjudica en modo alguno el valor que finalmente haya de transmitirse al legitimario descendiente que finalmente designe el viudo-comisario, incluso aunque lo haga con sus propios bienes. En este sentido resulta clarificador el art. 831 CC, de perfecta aplicación supletoria en este punto: «Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas, aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades».

A modo de recapitulación, la legítima colectiva opera para los descendientes legitimarios como una cuota sobre la herencia calculada por su valor económico, que tiene distinto funcionamiento según quienes concurren a la sucesión. Entre los legitimarios funciona sin límite alguno, ya que el mecanismo del apartamiento expreso o tácito de los descendientes sirve para que uno de ellos pueda recibir del causante o del comisario, en el momento en que este último lo decida, todo o parte de la herencia, a título universal o singular, sin que el resto de legitimarios no elegidos en relación a dicha disposición, sea esta universal o particular, ostente derecho alguno que reclamar al legitimario así instituido. Entre los legitimarios y terceros sucesores funciona como un límite de valor del que el causante no puede disponer en perjuicio de los legitimarios, los cuales tienen derecho a reclamar su cuantía frente dichos terceros cuando se lesione la legítima colectiva (Resolución de la DGRN de 4 de julio de 2019). Discrepamos de tales afirmaciones que en modo alguno resultan ni de la ley en vigor ni de la evolución histórica del derecho civil vasco. En este sentido nos parece mucho más ajustada a la realidad histórica y jurídica la RDGRN de 5-7-2018, en doctrina reiterada por otras muchas, entre ellas la de 19-11-2019.

Sólo en el caso excepcional en que haya una preterición de todos los legitimarios tendrán éstos plenos derechos sobre los bienes de la herencia, pero no como legitimarios, sino como presuntos herederos abintestato, como consecuencia de la anulación de todas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial (art. 51.2 LDCV). Y siempre sin perder de vista que el viudo comisario no es un extraño ni tercero, es un legitimario con derecho cualitativamente reforzado frente al de los descendientes del causante del que además es su verdadero «alter ego». A mayor abundamiento, el

régimen de la preterición de todos los descendientes en caso de preterición no intencional o errónea no tiene ninguna relación con la naturaleza de su legítima. En la legislación catalana es un derecho de crédito contra la herencia, pero la preterición errónea de cualquier descendiente le concede acción para anular la institución de heredero (art. 451-16.2 CC Cataluña). Tal carácter de *parsvaloris* no impide que, como es lógico, sin la intervención de los legitimarios al objeto de determinar el importe de su derecho de crédito frente a la herencia o en caso de que no estén conformes con su importe, el Juez pueda tomar a instancia de parte, las medidas de protección del crédito sobre los bienes de la herencia que estime oportunas (art. 451-12.2 CCC), incluyendo la anotación preventiva de la demanda de reclamación de la legítima (art. 451-15 CCC).

En Navarra, la legítima es puramente formal, simbólica y sin contenido patrimonial alguno, pero la preterición de todos los descendientes produce «*ope legis*», la nulidad de la institución de heredero, conforme a la Ley 271 del Fuero Nuevo cuyo criterio ha sido ratificado en la reciente reforma de 2019. El legislador no está obligado a seguir -y no lo hace- las concepciones dogmáticas construidas por la doctrina, sino que por el contrario deben éstas servir para tratar de comprender los sistemas jurídicos sin sustituir ni tergiversar lo dispuesto por aquel. Cuando legisla, puede configurar el sistema de legítima como estime oportuno y será la doctrina la que a la vista de la regulación resultante califique su naturaleza jurídica a fin de poder resolver los casos que la ley no previó conforme a los criterios de interpretación e integración usuales. Pero no, a la inversa, concluir que por tener, a juicio de la doctrina, una institución una determinada naturaleza jurídica, las consecuencias deban ser distintas a las previstas -o no- por la ley. Someter las disposiciones realizadas por el causante o su comisario a la intervención de los legitimarios descendientes cuando el cónyuge-comisario está facultado para instituirse heredero, autoadjudicarse bienes sin necesidad de liquidar la sociedad conyugal e incluso para dilatar la elección del legitimario o su efectividad al momento de su fallecimiento, pudiendo entregar la legítima con bienes extra hereditarios supone una grave contradicción que pone en peligro no sólo la coherencia del sistema (claramente *pro comisario* y *pro viudo*), que sería lo de menos, sino la misma voluntad del testador que es la ley suprema de la sucesión. La cuestión no estriba por tanto en discutir acerca de la naturaleza jurídica de la legítima en Derecho civil vasco, ejercicio, si no divertimento, sin duda estimulante desde el punto de vista intelectual, pero hasta cierto punto estéril en la práctica, sino de los efectos concretos de su regulación legal. La naturaleza jurídica de la legítima vasca de los descendientes no puede ni debe ser un obstáculo para el ejercicio de las facultades concedidas por el testador al comisario -que también es legitimario- en un ordenamiento en que el principio de libertad civil, la presunción del carácter dispositivo de sus normas -con la consiguiente y obligada interpretación restrictiva de los preceptos limitativos de la autonomía de la voluntad- y singularmente el principio *pro comisario* están expresa y destacadamente explicitados en el texto legal en disposiciones con una clarísima vocación expansiva. Resulta lógico y sensato concluir que pudiendo el testador entregar la legítima a los descendientes por cualquier título, sin poder exigir éstos la entrega de bienes de la herencia ni existir una garantía o afección real a favor de los herederos presuntos; facultar al comisario para instituirse heredero si así lo desea, retrasar hasta el fallecimiento de éste último la elección de legitimario y la entrega de los bienes correspondientes, etc., el pretendido carácter *pars valoris bonorum* de la legítima vasca no encaja con la realidad legal. De hecho, este notario recurrente no es original en este punto, no hace sino parafrasear las críticas formuladas por buena parte de la doctrina a la modificación del art. 831 CC operada en 2004, por su mal encaje con el sistema sucesorio del Código Civil.

En cualquier caso y a efectos puramente dialécticos, si contra todo lo argumentado se concluyese que la legítima vasca es una «*pars valoris bonorum*», lo procedente no sería exigir la intervención de los legitimarios, sino admitir el ejercicio del poder testatorio y a instancia de cualquier interesado o de oficio -esto último es discutible, ya que la Ley 5/2015 guarda silencio en este punto-, inscribir los bienes a nombre del heredero, con la mención legitimaria a que se refiere el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

4. Las reservas hereditarias como protección adicional de los derechos de determinados descendientes. El capítulo quinto del título II de la Ley 5/2015 contiene «disposiciones comunes a las distintas formas de suceder», que permiten atemperar o prevenir posibles disfunciones que podrían ocurrir en determinados casos potencialmente conflictivos. Resulta particularmente importante a los efectos del presente recurso la reserva en favor de los hijos de cónyuge o pareja de hecho fallecido recogido en el artículo 120. Reserva a favor de los hijos del cónyuge o miembro de la pareja de hecho fallecido. Aunque, dadas las circunstancias del caso no resulta verosímil que pueda darse alguno de los presupuestos de hecho para que nazca la reserva, interesa subrayar que, en primer lugar, no sólo los cónyuges no han excluido la reserva sino que constituye un supuesto de extinción del poder testatorio establecido en el propio testamento mancomunado, compatible con la facultad atribuida al supérstite para instituirse heredero del premuerto, lo cual constituye un argumento adicional en favor de la protección ex post de los descendientes legitimarios y únicamente a su instancia cuando concurren en la herencia con el viudo comisario, máxime cuando es el otro progenitor de los descendientes.

5. Conclusiones: 1.^a El comisario facultado por el testador puede instituirse heredero. 2.^a Los legitimarios descendientes del causante tienen claramente delimitadas en la Ley del Derecho Civil Vasco sus facultades y acciones en orden a la defensa de sus derechos, que deben ejercitarse siempre en vía judicial. 3.^a La naturaleza que doctrinalmente se atribuya a la legítima vasca no puede tener incidencia en lo que el legislador vasco ha decidido en ejercicio de sus competencias, atribuyendo a los legitimarios facultades y acciones distintas a las atribuidas expresamente por la ley. 4.^a En consecuencia, no es exigible a los efectos de otorgamiento de escritura pública e inscripción registral, la acreditación fehaciente del conocimiento en la formación del inventario, su no oposición, ni su consentimiento para el ejercicio de las facultades fiduciarias por el cónyuge viudo comisario del consorte. 5.^o En caso de que se entendiera que la legítima vasca fuera una pars valoris bonorum, en ningún caso sería exigible el consentimiento de los legitimarios para obtener la inscripción, pudiendo practicarse con la mención legitimaria a que hace referencia el art. 15 de la Ley Hipotecaria.

V

Mediante escrito con fecha de 10 de marzo de 2020, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el mismo día).

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9.8, 16.1, 806, 831 del Código Civil; Exposición de Motivos, 3, 4, 9, 19, 20, 21, 30, 32, 33, 34, 35, 41, 43, 46, 47, 48,49, 51, 52, 55, 56, 59, 60, 140 y 142 y siguientes de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; 479 del Código de Derecho Civil Foral de Aragón; 243 de la Ley de Derecho Civil de Galicia; Resoluciones de 25 de septiembre de 1987, 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009, 13 de abril, 21 de septiembre, 4 de marzo y 16 de octubre de 2015 y 28 de marzo, 5 de abril y 2 de agosto de 2016, y 9 y 16 de marzo, 9 y 12 de junio y 12 de julio de 2017, y 5 de julio, 17 de septiembre, 31 de octubre y 29 de noviembre y 20 de diciembre de 2018, 27 de febrero y 4 de julio de 2019.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: el causante fallece el día 3 de octubre de 2019, en estado de casado y de cuyo matrimonio deja tres hijos; en su último testamento mancomunado junto con su esposa, de fecha 29 de agosto de 2017, dispusieron lo siguiente: «Primera. Ambos esposos se nombran recíprocamente comisarios de su herencia, de manera que el sobreviviente, mientras

permanezca viudo, no conviva maritalmente con otra persona o tenga un hijo no matrimonial, salvo acuerdo unánime de los hijos comunes, ostentará la facultad vitalicia de ordenar la herencia del causante, distribuyendo libremente sus bienes, derechos, acciones, obligaciones, cargas y deudas entre sus descendientes comunes. Segunda. En uso de sus facultades, el cónyuge comisario, podrá, entre otros, nombrarse a sí mismo heredero del premuerto y/o adjudicarse bienes y derechos libremente, sin más límites que los establecidos por la citada Ley 5/2015 del Parlamento Vasco. Tercera. Para el caso de fallecer ambos sin hacer uso de la facultad contenida en la cláusula primera, instituyen herederos por partes iguales a sus dos (sic) citados hijos G, P y MAG a quienes sustituyen para los casos de premoriencia, conmoriencia o incapacidad para heredar por sus respectivos descendientes, operando el derecho de acrecer en caso de no haber descendencia»; en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, la viuda, como única otorgante y en su calidad de comisaria, haciendo uso del poder testatorio conferido por su difunto esposo, se nombra a sí misma heredera universal del mismo y acepta la herencia; en su calidad de «comisaria de la herencia de su esposo y de heredera universal de éste», manifiesta «bajo su responsabilidad que la obligación de pago de las legítimas de los descendientes se ha cubierto sobradamente con las donaciones que el causante les hizo en vida»; por último, se adjudica la totalidad de los bienes descritos en la parte expositiva de esta escritura, una mitad por su participación en la sociedad de gananciales y la otra en su condición de heredera del causante.

La registradora señala tres defectos: 1. Que el modo en que la viuda ejercita el poder testatorio, nombrándose ella misma heredera universal, sobrepasa los límites que impone la ley de Derecho Civil Vasco; que estos límites, son el respeto a la legítima y no basta la manifestación que se realiza de haber sido «sobradamente satisfechas las legítimas de los descendientes por las donaciones que el causante les hizo en vida», sin que se recoja la identificación y valoración de las mismas; que la fijación del valor de los bienes en el caso de existir poder testatorio, se hará por el comisario sólo si no tuviese interés en la sucesión; que siendo tres los hijos del causante, la ley obliga a la heredera, y en su caso al comisario, a transmitir la legítima a los legitimarios, pudiendo elegir uno o varios y apartar a los demás de forma expresa o tácita. 2. Que la viuda liquida la sociedad de gananciales por sí sola; que esta liquidación no se puede realizar unilateralmente, sino que es preciso el concurso de los herederos del causante; que, aunque la Ley de Derecho Civil Vasco contempla la autoadjudicación de bienes por el cónyuge viudo comisario para el caso de régimen de comunicación foral de bienes, no lo hace en el supuesto de la sociedad de gananciales. 3. Que la naturaleza de la legítima foral vasca sigue manteniéndose como «pars valoris bonorum» y, en consecuencia, la existencia de legitimarios implica la necesaria intervención de los mismos en la partición.

El notario recurrente alega lo siguiente:

– En cuanto al primero de los defectos señalados, que las normas de derecho sucesorio vasco son dispositivas, marcan un principio de libertad civil y que la interpretación de la voluntad del causante prevalece sobre las normas, de manera que las disposiciones no pueden ser interpretadas como una restricción de la facultad del comisario de hacer todo aquello que habría podido hacer el causante y éste no le haya prohibido; que de la ley se deducen varias conclusiones clarísimas en relación con las facultades del comisario: a) que el comisario puede hacer todo aquello que la ley permite hacer al testador y éste no le haya prohibido. b) que para que el comisario esté legitimado para realizar un acto no es necesario que la ley lo autorice expresamente. c) que el ámbito de las facultades naturales del comisario, se amplían considerablemente cuando se trata del cónyuge viudo. d) que de la voluntad del testador/comitente, expresada en la forma que la ley establezca, prevalece siempre frente al precepto legal contrario. e) que, en el testamento mancomunado, ambos cónyuges se facultaron para instituirse recíprocamente herederos, de manera que el ejercicio del poder testatorio les permite adjudicarse los bienes de la herencia y asumir las deudas respondiendo de ellas con su propio patrimonio, aun con el límite del valor de lo heredado.

– En cuanto al segundo de los defectos, que el ejercicio del poder testatorio para disponer de bienes concretos de la sociedad postmatrimonial, no exige ni implica su liquidación; que la ley contempla la autoadjudicación de bienes por el cónyuge viudo comisario, -sin liquidación de la sociedad conyugal-, no solo para el caso de régimen de comunicación foral de bienes sino también para el de sociedad de gananciales; que la autoadjudicación, responde a la necesidad de resolver un problema de choque de legitimidades cuando todos los bienes de los cónyuges, privativos y gananciales se convierten en postgananciales, y la misma solución deberá ser aplicada cuando sólo devienen postgananciales los que, vigente el matrimonio, tenían carácter ganancial; que el comisario viudo sujeto al régimen legal de gananciales del Código Civil, salvo que el testador comitente hubiera dispuesto lo contrario, está perfectamente autorizado para hacer adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos o particiones, incluso cuando tengan por objeto bienes que formen parte de la sociedad conyugal sin liquidar y que los límites para el ejercicio de tales facultades serán los que determine la ley sucesoria; que en el caso de que fuera precisa la liquidación de la sociedad de gananciales habrían de hacerla, en su caso, el cónyuge viudo y los herederos del premuerto y de haber sido nombrada heredera la viuda, agotaría el poder de disposición sobre el patrimonio postganancial.

– En cuanto al tercero de los defectos, el notario recurrente alega, además de lo expresado en su recurso contra los otros dos, que en caso de que se entendiera que la legítima vasca fuera una «pars valoris bonorum», en ningún caso sería exigible el consentimiento de los legitimarios para obtener la inscripción, pudiendo practicarse con la mención legitimaria a que hace referencia el art. 15 de la Ley Hipotecaria.

2. El primero de los defectos señalados es que el modo en que la viuda ejercita el poder testatorio, nombrándose ella misma heredera universal, sobrepasa los límites que impone la ley de Derecho Civil Vasco y que siendo estos límites el respeto a la legítima, no basta la manifestación que se realiza de haber sido «sobradamente satisfechas las legítimas de los descendientes por las donaciones que el causante les hizo en vida», por lo que debe recogerse la identificación y valoración de las mismas; que al existir poder testatorio, la fijación del valor de los bienes, se hará por el comisario sólo si no tuviese interés en la sucesión, pero, que siendo tres los hijos del causante, la ley obliga a la heredera, y en su caso al comisario, a transmitir la legítima a los legitimarios, pudiendo elegir uno o varios y apartar a los demás de forma expresa o tácita.

El artículo 30 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco establece lo que supone una clara excepción al carácter personalísimo del testamento: «Sucesión por comisario. El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos». Esto se completa y configura con el artículo 33.1 del mismo texto legal: «El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio, que no podrá modificar bajo ningún concepto; y, en su defecto, tendrá todas las facultades que correspondan al testador según esta ley y el derecho supletorio.». Estos preceptos consagran el principio fundamental del imperio de la voluntad del testador-comitente manifestada en testamento ante notario, pacto sucesorio o capitulaciones matrimoniales y a falta de lo anterior lo que disponga la ley. Cohonestan estas normas con lo recogido en la «Sección cuarta. De la sucesión por comisario», que, en el artículo 46 establece lo siguiente: «La voluntad del testador como criterio de interpretación. La voluntad del testador prevalece siempre en la interpretación y aplicación de las normas de esta sección.». Esto nos lleva a la conclusión, como bien alega el recurrente, de que, en el Derecho sucesorio vasco, las normas tienen un inequívoco carácter dispositivo, corolario necesario del principio general de libertad civil, que es fuente del derecho civil vasco, que obliga a probar su imperatividad y no a presuponerla. En ese sentido, el artículo 4 de la Ley 5/2015 establece que «El principio de libertad civil. De acuerdo con el principio de libertad civil, tradicional en el Derecho civil vasco, las leyes se presumen dispositivas (...).».

En consecuencia, las normas no pueden ser interpretadas como una restricción de la facultad del comisario para hacer todo aquello que habría podido hacer el causante y éste no le haya prohibido (art.43.1); y del poder testatorio resulta que se confieren al comisario las mismas facultades que tiene el testador.

El comisario tiene las mismas facultades que el testador en orden a organizar la sucesión, y su capacidad jurídica y ejercicio del poder testatorio solo se limita en normas concretas de la Ley 5/2015. Así, el artículo 32.3 establece que «Salvo disposición en contrario del testador, el comisario no podrá establecer fideicomisos ni hacer nombramientos condicionales de sucesor a título universal o particular, ni tomar decisiones tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes.»; o en los «Límites del poder testatorio» del artículo 33.2: «2. Si el testador ha indicado las personas entre las que el comisario ha de elegir, deberá éste atenerse a lo establecido en el poder. Si no hubiera ninguna indicación de este tipo, el comisario deberá elegir entre el cónyuge viudo, el miembro superviviente de la pareja de hecho y los herederos forzosos, y cuando se trate de bienes troncales solamente podrá elegir entre los tronqueros. 3. A falta de herederos forzosos, el comisario podrá designar sucesores libremente».

En el supuesto concreto de este expediente, la viuda tiene unas facultades amplísimas conferidas en el poder testatorio: «la facultad vitalicia de ordenar la herencia del causante, distribuyendo libremente sus bienes, derechos, acciones, obligaciones, cargas y deudas ... el cónyuge comisario, podrá, entre otros, nombrarse a sí mismo heredero del premuerto y/o adjudicarse bienes y derechos libremente, sin más límites que los establecidos por la citada Ley...», de manera que, haciendo uso del poder testatorio conferido por su difunto esposo, se nombra a sí misma heredera universal del mismo, acepta la herencia y se autoadjudica los bienes del inventario, lo que ejerce conforme las facultades amplísimas anteriormente expuestas y la específica que le concede el artículo 35 de la misma Ley vasca, que versa sobre la autoadjudicación de bienes: «El comisario podrá adjudicarse a sí mismo los bienes que le hubiese atribuido el causante, así como aquellos que le corresponderían en caso de sucesión intestada o a falta de ejercicio del poder testatorio.» Por tanto, la designación hecha por la viuda-comisaria de la herencia de su marido, en su favor como heredera del mismo y autoadjudicándose los bienes, está comprendida entre sus facultades.

Pero señala la registradora que no se respetan los límites establecidos en los artículos 59 y 60 de la Ley 5/2015, sin que baste la manifestación hecha por la comisaria bajo su responsabilidad –«que la obligación de pago de las legítimas de los descendientes se ha cubierto sobradamente con las donaciones que el causante les hizo en vida»-.

El artículo 59 se refiere al valor de las donaciones computables y colacionables, de manera que sólo serán colacionables si el donante así lo dispone o no hace apartamiento expreso. Esta exigencia del artículo 59 de la Ley 5/2015, hay que ponerla en relación con lo dispuesto en el artículo 34 del mismo texto legal, relativo a la realización de inventario por parte del comisario. «1. En el plazo de seis meses desde que, fallecido el testador, tenga el comisario conocimiento de su designación, deberá realizar un inventario de todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la herencia, de cuyo contenido deberá dar cuenta a los presuntos sucesores, quienes, una vez transcurrido dicho plazo, podrán requerirle para que cumpla esta obligación. 2. Si el comisario, pese al requerimiento, no cumple el deber de inventariar los bienes en el plazo de seis meses, el juez podrá acordar que se realice a su costa. 3. Los presuntos sucesores y los acreedores de la herencia podrán impugnar el inventario pidiendo la inclusión de bienes omitidos o la revisión de su valoración.» En consecuencia, los presuntos sucesores, tienen amparados sus derechos por las acciones judiciales que la ley les concede para la revisión de los bienes incluidos en el inventario efectuado por la comisaria, de manera que, a falta de impugnaciones, el inventario debe considerarse válido.

El artículo 60, referido a la fijación del valor de los bienes en el caso de existir poder testatorio, establece lo siguiente: «Si hubiese poder testatorio, la valoración de los bienes para fijar la legítima se hará: 1. Por el comisario, si no tuviese interés en la sucesión. 2. Por el comisario, con el contador-partidor que el causante hubiese designado. 3. Por el comisario, con los sucesores presuntos. 4. Por decisión judicial». En el supuesto de este expediente, la limitación del artículo 60 de la Ley 5/2015, se ve atemperada, dado que la comisaria es cónyuge del causante, por lo que se le reconoce en el artículo 37 del mismo texto legal una cualificación especial como representante y administradora de la herencia: «1. Mientras no se defiera la sucesión y la herencia sea aceptada, será representante y administrador del caudal la persona que el testador hubiere designado en su testamento, con las facultades que le atribuya y las garantías que le imponga. 2. A falta de designación, representará y administrará la herencia el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, y en defecto de éste, el propio comisario». De esta forma, hasta la designación por la comisaria, de quienes sean los herederos y quienes sean apartados en su caso, la representación y administración de la herencia será de la viuda, que, además, se ha designado heredera en su condición de comisaria. A esto añadir que, en este supuesto concreto, se ha señalado un plazo vitalicio para el ejercicio del poder testatorio, por lo que el artículo 41 de la Ley vasca acentúa más el poder de la viuda comisaria: «1. El testador podrá señalar plazo para el ejercicio del poder testatorio. Cuando se designe comisario al cónyuge o miembro de la pareja de hecho, el plazo podrá serle conferido por tiempo indefinido o por los años que viviere. (...) 3. El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario es, salvo disposición en contrario del testador, el representante, administrador y usufructuario del patrimonio hereditario, carácter que mantendrá incluso después de haber hecho uso del poder».

Así pues, ante estas facultades tan amplias, la viuda comisaria ha ejercido su poder testatorio y, aún más, puede hacer la designación de los herederos definitivos y, en su caso, el apartamiento expreso o tácito. En consecuencia, se ha de revocar este defecto señalado en la nota de calificación.

3. El segundo de los defectos señala que la viuda liquida la sociedad de gananciales por sí sola; que esta liquidación no puede realizarse unilateralmente, sino que es preciso el concurso de los herederos del causante; que, aunque la Ley de Derecho Civil Vasco contempla la autoadjudicación de bienes por el cónyuge viudo comisario para el caso de régimen de comunicación foral de bienes, no lo hace en el supuesto de la sociedad de gananciales.

En primer lugar, en cuanto a la sociedad conyugal de comunicación foral de bienes, el artículo 140 de la Ley 5/2015 recoge la norma general: «Disolución por muerte de uno de los cónyuges, dejando hijos y descendientes comunes. Cuando el matrimonio se disuelva por la muerte de uno de los cónyuges, dejando hijos o descendientes comunes, se consolida la comunicación foral y se transforma en comunidad de bienes entre el cónyuge viudo de una parte, y los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto, de otra, hasta la división y adjudicación de los bienes.» Y el Artículo 142 de la Ley 5/2015 establece, para el supuesto de comisario nombrado, lo siguiente: «Autoadjudicación de bienes por el cónyuge viudo comisario. 1. Por excepción a lo dispuesto en el artículo 140, el cónyuge viudo nombrado comisario, podrá adjudicarse la mitad de todos y cada uno de los bienes, dejando la otra mitad para la sucesión del premuerto, sin perjuicio de las reservas sucesorias. 2. En el caso de que exista contador-partidor designado por el causante, el cónyuge comisario, conjuntamente con el contador-partidor, podrá llevar a cabo la disolución y liquidación de la comunidad constituida, en la forma prevista en el artículo 144, quedando en la sucesión del causante los bienes adjudicados a la misma. Igualmente, lo podrá realizar con los sucesores presuntos o, en otro caso, por decisión judicial a su instancia».

Alega el notario recurrente que es una modalización del artículo 831.1 del Código Civil cuya aplicación, sea de forma directa o supletoria, debidamente adaptada a las peculiaridades del sistema sucesorio vasco resulta indiscutible: «1. No obstante lo

dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar».

Las facultades del comisario vasco, así como las del poder testatorio, superan notablemente, las facultades del fiduciario del artículo 831 del Código Civil, resultando del artículo 32 de la Ley 5/2015 lo siguiente: «Capacidad jurídica y ejercicio del poder testatorio. (...) 3. Salvo disposición en contrario del testador, el comisario no podrá establecer fideicomisos ni hacer nombramientos condicionales de sucesor a título universal o particular, ni tomar decisiones tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes»; y del artículo 33, que, como hemos visto antes, el comisario tiene amplísimas facultades pudiendo desempeñar el cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio, y, en su defecto, tendrá todas las facultades que correspondan al testador según la ley y el derecho supletorio. Por último, el artículo 43 recoge el ejercicio del poder testatorio: «1.-El comisario podrá ejercitar el poder testatorio por acto inter vivos o mortis causa en testamento ante notario o por pacto sucesorio, a título universal o singular, sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador.». En parecidos términos, el artículo 166 de la derogada Ley 3/1992, del Derecho Civil Foral del País Vasco en la redacción de la Ley 3/1999 relativa al Fuero Civil de Guipúzcoa, para la provincia de Guipúzcoa establecía que «1. El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido por el causante. 2. En otro caso, ostentará las mismas facultades, incluidas las opciones de este Fuero, que hubieran correspondido al causante. Sin embargo, el comisario no podrá revocar en todo o en parte el testamento de éste si no hubiere sido expresamente autorizado para ello».

En definitiva, si así lo estableciera el testador -lo que ocurre en este expediente-, el comisario podrá designar herederos, apartar, y realizar cualquier tipo de atribuciones tal cuál si se tratase del causante, sin más límites que los que resulten del testamento y no puede revocar en todo o parte ese testamento salvo que estuviese autorizado para ello.

Así pues, aunque participan estas instituciones de delegación o encargo de la misma naturaleza, no se conceden las mismas facultades fiduciarias al delegado del artículo 831 del Código Civil que al comisario testamentario de derecho vasco, de manera que este último se aproxima más al heredero de confianza navarro o al catalán, que tienen esas prerrogativas de designar heredero y no se ven limitados por el rigor de una legítima pars bonorum, de manera que pueden, sin necesidad de apartar expresamente a los legitimarios, adjudicar la totalidad de los bienes de la herencia en la forma que tengan por conveniente. Estas facultades no las tiene el fiduciario del artículo 831 del Código civil, que debe respetar las legítimas que correspondan y, desde luego, las disposiciones del testador.

Señala la registradora que la facultad de autoadjudicación está limitada exclusivamente para el caso de régimen de comunicación foral de bienes, pero que la ley no lo contempla en el supuesto de la sociedad de gananciales.

Pues bien, el artículo 35 de la Ley 5/2015 permite al comisario la autoadjudicación de bienes que le hubiese atribuido el causante sin hacer distinción entre comunes y privativos, lo que cohonesta con la facultad del artículo 43 del mismo texto legal, de ejercer el poder testatorio sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador.

Por otra parte, como bien alega el notario recurrente, el ejercicio de las facultades derivadas del poder testatorio puede ser realizado en uno o varios actos (artículo 42 de la Ley 5/2015), y el comisario podrá ejercitar el poder testatorio, por acto inter vivos o mortis causa en testamento ante notario o por pacto sucesorio, a título universal o singular (artículo 43 de la Ley 5/2015). En definitiva, unas facultades amplísimas.

Recapitulando, la Ley 5/2015 dispone expresamente que al fallecimiento de uno de los cónyuges se consolida la comunicación foral y se transforma en comunidad de

bienes entre el cónyuge viudo de una parte y los sucesores de otra; el cónyuge viudo nombrado comisario, podrá adjudicarse la mitad de todos y cada uno de los bienes, dejando la otra mitad para la sucesión del premuerto; el comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio y con amplísimas facultades; el comisario tiene todas las facultades que correspondan al testador según la ley y el derecho supletorio; puede ejercitar el poder testatorio por acto inter vivos o mortis causa en testamento ante notario o por pacto sucesorio, a título universal o singular, sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador; siendo que el artículo 35, en la autoadjudicación, no distingue entre bienes privativos y comunes, y pudiendo ejercer el poder testatorio tanto inter vivos como mortis causa y tanto a título universal como particular, aplazándolo en el tiempo. La conclusión es que la facultad de autoadjudicación no se limita solo a la comunicación foral de bienes y cabe también en la sociedad de gananciales. En consecuencia, se ha de estimar el recurso en cuanto al segundo de los defectos señalados.

4. El tercero de los defectos señalados, es que la existencia de legitimarios implica la necesaria intervención de los mismos en la partición. La registradora señala que, aunque colectiva, la naturaleza de la legítima foral vasca sigue manteniéndose como «pars valoris bonorum» y, en consecuencia, la existencia de legitimarios implica la necesaria intervención de los mismos en la partición. El recurrente alega que se trata de una legítima de naturaleza «pars valoris», lo que la equipara a un derecho de crédito, y hace un estudio pormenorizado de antecedentes históricos y argumentos que ya se plantearon en anterior recurso en el que se abordó la misma cuestión, así como su desacuerdo con la doctrina del Centro Directivo en esta materia; que en caso de que se entendiera que la legítima vasca fuera una «pars valoris bonorum», en ningún caso sería exigible el consentimiento de los legitimarios para obtener la inscripción, pudiendo practicarse con la mención legitimaria a que hace referencia el art. 15 de la Ley Hipotecaria.

La Dirección General de Registros y del Notariado ha sentado su criterio sobre esta cuestión anteriormente, en Resolución de 4 de julio de 2019, y, en aquella ocasión, ante los mismos argumentos y alegaciones que ahora recoge el escrito de recurso, concluyó que la legítima en el Derecho civil común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos españoles) se configura como una «pars bonorum» y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico. De ahí que, en Derecho civil común, se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima.

La citada resolución puso de relieve lo siguiente:

«El registrador concluye, a la vista de esta doctrina, en el carácter "pars bonorum" de la legítima reconocida al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho inscrita, pero que aunque la Ley 5/2015 no se pronuncia expresamente sobre la naturaleza jurídica de la legítima vasca de los descendientes, sostiene que hay determinaciones que impiden calificar como meros acreedores del heredero a los descendientes legitimarios: que se considera como una limitación a la libertad de testar (título segundo, capítulo segundo, sección primera) y se define como una cuota sobre la herencia (artículo 48.1); que se dice que el causante está obligado a "transmitir" al legitimario (artículo 48.2), a diferencia de la "parte de libre disposición de la herencia" a que se refieren sus artículos 56 y 57; que el legitimario es denominado "heredero forzoso" (por ejemplo, en los artículos 33.2, 51.2 y 51.3) o, con mejor técnica, "sucesor forzoso" (artículos 56.1 y 58); que el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho es definido como "usufructuario", no de crédito alguno sino de la mitad o de los dos tercios de los bienes del causante (artículo 52); que no hay ninguna calificación del legitimario como acreedor del heredero; que existiendo legitimarios, el comisario, a quien le corresponde designar sucesor, distribuir los bienes de la herencia y cuantas facultades se le atribuyen en orden a la transmisión sucesoria de los mismos, no podrá designar

sucesores a otras personas (artículo 33.3); que al menos un legitimario con plena capacidad de obrar es llamado (por el artículo 43.5) a consentir los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario representante y administrador del patrimonio hereditario, cuando aquellos se refiriesen a bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos; que los artículos 56 y 57 consagran unas normas sobre intangibilidad cualitativa de la legítima de los hijos o descendientes; que los apartados 2 y 3 del artículo 51 llevan aparejada la nulidad de las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial, ineficacia que afecta incluso a terceros cuando hay lesión de la legítima colectiva de los descendientes; que si hubiese poder testatorio, la valoración de los bienes para fijar la legítima se hará, de acuerdo con lo establecido en el artículo 60, esto es, por el comisario si no tuviese interés en la sucesión, o por el comisario con el contador-partidor que el causante hubiese designado, o por el comisario junto con los sucesores presuntos, o por decisión judicial. (...)

(...) Concluye el notario recurrente en que, a la vista de esta doctrina, que ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Superior del País Vasco, la legítima foral vasca tiene la misma naturaleza que la de Aragón, esto es, que se trata de una legítima colectiva.

Pero esto, por sí solo, no le confiere la naturaleza de "pars valoris", por lo que el recurrente interpreta que la legítima vasca es una especie de «legítima colectiva de libre disposición por el testador, mediante el mecanismo del apartamiento que puede ser expreso o tácito» de manera que le nutra de los mismos efectos que la "pars valoris". Para ello, alega en el escrito de interposición, la esencia e importancia del apartamiento –incluido el tácito–, como forma tradicional e histórica que se trae de nuevo a la legislación de todo el País Vasco, lo que denomina un "sistema de cuño propio", configurado como una legítima colectiva de libre elección por el causante entre los posibles legitimarios y con una legítima calculada sobre el valor económico de la herencia y que puede, en definitiva, atribuirse a título de herencia, legado, donación o de cualquier otro modo, pero que no supone derecho alguno sobre los bienes de la herencia, constituyendo, en todo caso, para el legitimario elegido, por medio del apartamiento expreso o tácito o para todos los legitimarios antes de producirse dicho apartamiento expreso o tácito, el derecho a recibir en el primero de los casos o, el de poder solicitar en el segundo, un tercio de ese valor económico como un derecho de crédito. En definitiva, el recurrente sostiene que se producen los mismos efectos de la legítima "pars valoris", y entre ellos, especialmente el de la no necesidad de la intervención de los legitimarios –ya que a su juicio están tácitamente apartados– en la toma de posesión de la cosa legada por el legatario cuando ha sido autorizado para hacerlo por sí mismo (...)

(...) 6. Así pues, para la resolución de este expediente, hay que determinar la naturaleza de la legítima foral vasca. La legítima es definida en el artículo 48.1 de la Ley 5/2015 como "una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo". De otros artículos de la misma ley vasca, resultan los indicios de la naturaleza de esta legítima: "Son legitimarios los hijos y descendientes (...)" (artículo 47); "el causante está obligado a transmitir la legítima a los legitimarios (...)" (artículo 48.2); cuantía de la legítima (artículo 49); sustitución y representación de los legitimarios (artículo 50); en apartamiento y preterición de los legitimarios, "la preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial"; (artículo 51.2); regulación de la intangibilidad de la legítima (artículo 56); en los artículos 58 a 60 se articulan las normas para el cálculo de la cuota de legítima, resultando que no solo se toma en consideración el valor neto de la herencia (activo menos pasivo) sino también el valor de ciertas donaciones otorgadas en vida por el causante ("relictum" más "donatum").

Utilizó el legislador del Código Civil una terminología semejante a la que ahora utiliza el legislador vasco: "legítima es la porción de bienes de la cual el testador no puede

disponer (...)" (artículo 806); "(...) las dos terceras partes del haber hereditario (...)" (artículo 808); "(...) la mitad del haber hereditario de (...)" (artículo 809); regulación de la preterición con unos efectos no diametralmente distintos de los recogidos en la ley vasca (artículo 814), y un amplio abanico de normas de regulación del cómputo u cálculo de la legítima.

Alega el recurrente los antecedentes históricos para determinar la naturaleza de la legítima vasca. El legislador vasco, en el apartado cuarto de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2015, alude a esos precedentes, de los cuales resulta el mantenimiento de la legítima aun cuando se produce en la nueva Ley una reducción y atemperación de la misma, precisamente porque la mayor parte del territorio vasco –causan excepción las zonas de Fueros de Vizcaya y de Ayala–, tal como el de Guipúzcoa y Álava, se nutrió continuamente y vivió tradicionalmente el Derecho sucesorio de Castilla: «En cuanto a la sucesión forzosa, hay grandes divergencias en nuestro Derecho histórico que convendría reducir en todo lo posible. El Fuero de Ayala mantiene la total libertad de testar que, dado el arraigo que esta libertad tiene en esa zona, se cree prudente mantener. Por lo demás, rige en muchos lugares el sistema de legítimas del Código Civil, salvo en Bizkaia, en la que la legítima, tomada de la Ley de Partidas que regía en Castilla, contraria a nuestra tradición, era de los cuatro quintos de la herencia, pese a que el Código Civil la hubiera reducido a dos tercios, uno de legítima estricta y el otro de mejora. El texto quiere establecer una legítima única de un tercio del patrimonio, para todo el País Vasco. Se estima que esta decisión es muy importante y contribuye mejor que cualquier otra a dar unidad al Derecho vasco y a aproximarlos a otras legislaciones europeas. La única salvedad es la que, una vez más, opera en el valle de Ayala, a fin de respetar su libertad absoluta de testar al otorgar testamento». En esta alusión a los precedentes históricos, no hay que olvidar que la zona de aplicación del Derecho Foral Vasco, en la historia, estuvo reducido a la zona del Señorío de Vizcaya –Bizkaia– excepto las doce villas no aforadas y el casco urbano de Bilbao, y a la zona de aplicación del Fuero de Ayala, siendo que no se aplicaba, además de las villas referidas, al resto de Álava y a Guipúzcoa.

En consecuencia, aunque se extiende la aplicación de la actual normativa vasca a la totalidad del País Vasco y se reduce y adapta el concepto de los derechos forzosos a la nueva legislación, por reminiscencia histórica, sigue existiendo una legítima, que siendo colectiva no es la puramente formal como la navarra; y, que conforme resulta de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2015, solo se mantiene en su concepto de legítima formal, en la zona del antiguo Fuero de Ayala, para la que se recoge en el artículo 89.1 de la Ley 5/2015 lo siguiente: "Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho". Pues bien, a la vista de este precepto, a diferencia del resto de las zonas forales del País Vasco –en las que continúa existiendo la legítima–, en la del Fuero de Ayala, cabe la disposición libre de los bienes sin límite de legítimas. De otra forma no se entendería la existencia de este articulado específico relativo a este Fuero. Así pues, los antecedentes históricos, que nos serviría para las zonas tradicionalmente sujetas a la legislación vasca, no pueden ser tenidos en cuenta para la naturaleza de una legítima aplicable a la totalidad del País Vasco.

Desde el punto de vista terminológico, en la Ley 5/2015, se recoge el término "herederos forzosos" o el de "sucesores forzosos" en numerosos artículos: el artículo 33.2 referido a las personas entre las que ha de elegir el comisario a falta de otras designaciones del testador; el artículo 51.2, conforme el cual la preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial; el artículo 51.3, que se refiere al heredero forzoso apartado expresa o tácitamente, para la conservación de sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione su legítima colectiva; en el artículo 56.1, regulando en el campo de la intangibilidad de la legítima, los efectos de la sustitución o gravamen que exceda de la parte de libre disposición, a no ser que sea a favor de sucesores forzosos; el artículo 58, en el que se

consideran donaciones computables las hechas a favor de quien no sea sucesor forzoso; en el régimen del ejercicio del poder testatorio y las cautelas en favor de terceros, la necesidad de la intervención de "cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar (...)". Y los referidos artículos 47 y 48, en los que se utilizan los términos "legítima" y "legitimarios" con semejantes parámetros a los del Código Civil. Solo la figura del apartamiento, sostiene las importantes diferencias.

7. En cuanto a la pretendida consideración de la legítima foral vasca como un derecho de crédito, tan solo hay una aproximación a esta concepción en la Ley 5/2015, que es la recogida en el artículo 52.1, en el que se regula el derecho del cónyuge superviviente o de la pareja de hecho, y que define como «el derecho de usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurriere con descendientes». De esto resulta que es calificado como un usufructuario de una cuota y no como un acreedor de los herederos. De la misma forma que ocurre con el Derecho Civil Foral de Aragón, paradigma de la legítima colectiva –cuya naturaleza es "pars valoris bonorum"–, en la Ley 5/2015 que también ha acogido esa forma de legítima, no existe ninguna mención a la calificación del legitimario como acreedor de los herederos. Ciertamente, que como sostiene el recurrente, en el artículo 479 del Código Civil de Derecho de Aragón, se recoge una norma especial para habilitar la posesión del legado, de manera que el legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario, puede, por sí solo, aun habiendo legitimarios, tomar posesión de la misma y, si fuera inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación. Pues bien, precisamente porque la naturaleza de la legítima en Aragón, aunque colectiva, no es una "pars valoris", es por lo que el legislador aragonés ha introducido esta norma especial para la toma de posesión del legado, de manera que en ningún otro precepto de la ley foral aragonesa se califica la legítima aragonesa como de valor. Por otra parte, si el legislador vasco hubiera querido introducir una norma semejante, lo habría hecho.

El recurrente menciona una configuración del derecho del legitimario gallego, como un valor económico o crédito dentro de un sistema de legítima individualizada para cada uno de los herederos, que establece que el legitimario no tiene acción real para reclamar la legítima y será considerado a todos los efectos, como un acreedor (artículo 243 de la Ley de Derecho Civil de Galicia), de manera que en la norma vasca sería parecido, pero referido a la legítima colectiva. Pues bien, siendo un argumento consistente, lo cierto es que en la legislación vasca no existe norma semejante.

8. Además, como recoge el registrador, hay otras situaciones contenidas en la Ley 5/2015, que alejan la naturaleza de la legítima vasca de la de un derecho de crédito: que al menos un legitimario con plena capacidad concurra a consentir los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge o pareja superviviente designado comisario representante y administrador del patrimonio hereditario cuando se refieren a bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos (artículo 43.5 de la Ley 5/2015). Esta disposición recuerda la necesidad de concurrencia de los legitimarios de derecho común en la disposición de bienes administrados por el delegado con la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil, en cuya versión de "fiducia sucesoria de derecho común", se aprecia el auténtico límite que supone la legítima "pars bonorum" a la delegación de la facultad de mejorar, a través de la necesidad de ese consentimiento de los legitimarios.

Alega a esto el recurrente que, la intervención del legitimario lo es para mantener la esencia de la legítima colectiva y que es por esto que, se exige la intervención de al menos uno de los legitimarios. Así, esta concurrencia de al menos un legitimario para esos actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge viudo o pareja superviviente designado comisario, representante y administrador, lo es a los efectos de control y protección de la legítima ante las enormes facultades del comisario, a quien se puede encomendar (artículo 30) por el testador la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades sean necesarias para la transmisión sucesoria de los mismos, con funciones o poderes semejantes a los de un heredero de confianza. Pues

bien, efectivamente, la intervención de uno de los legitimarios junto con el comisario, supone una protección de la legítima colectiva, pero como complemento y protección de esa cuota de legítima ante las inmensas facultades del comisario hasta que no se produzca la designación del heredero o la distribución de los bienes (...).»

En el supuesto de aquél expediente, no se había instituido comisario y, por lo tanto, no era el caso ni esto convertía la legítima en un derecho de crédito. Pero en el presente expediente, se trata de un poder testatorio, en el que se ha nombrado comisaria a la viuda y se le concede la facultad vitalicia de ordenar la herencia, distribuyendo libremente los bienes, pudiendo en uso de sus facultades, entre otras facultades, nombrarse a sí misma heredera del premuerto y adjudicarse bienes y derechos libremente. En ejercicio de esas facultades, ella se ha designado heredera a sí misma, y está facultada para, a su vez, designar a los herederos o apartarlos, sin perjuicio de la mención a que se refiere el artículo 15 de la Ley Hipotecaria en favor de los presuntos legitimarios o del legitimario que en su momento designe la comisaria-heredera.

Así pues, recapitulando, la legítima foral vasca es colectiva, cabe el apartamiento de los legitimarios tanto de forma expresa como tácita, pero esto, como regla general, no significa, que el legitimario no apartado no pueda tener unos mecanismos de defensa para el amparo de su derecho, aunque sea mínimo, puesto que, aunque colectiva, la naturaleza sigue manteniéndose como «pars valoris bonorum». De ahí la mención a la que se refiere el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

No obstante, en este concreto expediente, se trata de un poder testatorio, la viuda ha sido designada comisaria con amplísimas facultades para designar herederos e incluso designarse heredera a sí misma, y, además, lo puede hacer durante toda su vida tanto por actos inter vivos como mortis causa, y, en definitiva, tiene las mismas facultades de apartamiento que el testador, lo que diferencia este supuesto del analizado en la Resolución de 4 de julio de 2019. En consecuencia, debe revocarse el defecto señalado.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar 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, 2 de julio de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.