

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

4280 *Resolución de 4 de abril de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Cangas, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación, partición de herencia y entrega de legados.*

En el recurso interpuesto por don Francisco Enrique Ledesma Muñiz, notario de León, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Cangas, doña Francisca Núñez Núñez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación, partición de herencia y entrega de legados.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada por el notario de León, don Francisco Enrique Ledesma Muñiz, de fecha 3 de noviembre de 2016, con el número 1.254 de protocolo, don J. C. T. L., como albacea contador-partidor, y doña M. B. R. S., como legataria, otorgaron la aceptación, partición de herencia y entrega de legados como consecuencia de las operaciones particionales ocasionadas por el óbito de don I. F. F., que falleció dejando viuda de sus únicas nupcias -en separación de bienes- y cuatro hijos de ese matrimonio. Por escritura de fecha 16 de noviembre de 2016, ante el mismo notario, los cuatro hijos del causante aceptaron pura y simplemente los derechos que les corresponden en la herencia y legados de su causante. Todos los bienes del inventario son privativos. No ha comparecido la viuda ni ha prestado consentimiento.

El causante, don I. F. F., en su último testamento, de fecha 11 de mayo de 2012, ante el notario de León, don José Luis Crespo Mayo, dispuso que «(...) Lega a su esposa doña J. F. B., la cuota viudal establecida en el Código Civil, cuota viudal que deberá ser satisfecha en efectivo metálico». A continuación, hace legados a los distintos hijos de diferentes cantidades de dinero, participaciones en varias sociedades y partes y cuotas de bienes de la herencia, y a algunos de sus nietos y a doña M. B. R. S., partes de bienes y ciertas cantidades de dinero y diversos objetos personales. Por último, a su hijo don G. F. F., le lega la legítima estricta e instituye herederos en el resto, por partes iguales, a sus restantes tres hijos. Sustituye tanto a herederos como legatarios por sus respectivos descendientes.

En la citada escritura de aceptación, partición de herencia y entrega de legados, a la viuda -que no comparece en la escritura-, en pago de su cuota viudal, se le entrega una serie de acciones y participaciones sociales. En el inventario, además de acciones y participaciones sociales, hay un inmueble que se adjudica a los hijos por cuartas partes, y en los números 9 y 10 del inventario, dos cuentas con saldos a favor del causante por importes de 30.941,80 euros y 1.850,10 euros. En el pasivo existe un saldo pendiente de un préstamo hipotecario por importe de 29.065,18 euros y una deuda a favor de una sociedad por importe de 26.900 euros, junto con gastos de entierro y funeral de 9.472,79 euros. El metálico de dichas cuentas, junto con el pasivo, se adjudica a los herederos. A la legataria doña M. B. R. S. se le adjudica la cuarta parte de un inmueble que le había sido legado y, tras las reducciones correspondientes de los legados, debe recibir una cantidad de dinero que le abonan los herederos con el metálico de las cuentas corrientes del caudal hereditario que les había sido a su vez adjudicado a ellos.

En la citada escritura, el contador-partidor expresa que a la viuda, en atención a su edad, le corresponde 174.994,25 euros, y adjudica a la viuda, en pago de su cuota viudal, diversas acciones y participaciones sociales.

A la legataria compareciente, doña M. B. R. S., le entrega su legado del 25% de un inmueble y, además, la cantidad de 44.331,07 euros, que he de recibir de los herederos, lo que declara que ha recibido de los tres herederos y manifiesta estar de acuerdo con la reducción practicada, dinero que se especifica que procede de las cuentas inventariadas en los números 9 y 10 del inventario.

II

La referida escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de Cangas el día 18 de noviembre de 2016, siendo objeto de la calificación negativa que, a continuación, se transcribe: «Hechos 1.º.—El día dieciocho de noviembre de dos mil dieciséis fue presentada en este Registro, asiento 202 del Tomo 39 del Libro Diario, copia de la escritura de aceptación y partición de herencia y entrega de legados autorizada el 3 de noviembre de 2016 por el notario de León, don Francisco Enrique Ledesma Muñiz, número 1.254 de orden de su protocolo. Acompañando a dicha escritura se aporta copia de la escritura autorizada por el mismo notario el día 16 de noviembre de 2016, protocolo 1.337. 2.º.—En la citada escritura, don J. C. T. L., en calidad de contador partidor de la herencia de don I. F. F., entrega, entre otros bienes, a don I. F. F. -que no comparece al otorgamiento de la escritura que se califica-, un veinticinco por ciento indiviso de la finca registral 14.583 del municipio de Moaña, a doña M. M. F. F. -que tampoco comparece al otorgamiento de la escritura- otro veinticinco por ciento indiviso de la misma finca, a doña M. D. F. F. -quien tampoco comparece al otorgamiento de la escritura- otro veinticinco por ciento indiviso de dicha finca, y a doña M. B. R. S. -quien sí está presente en el otorgamiento de la escritura- el restante veinticinco por ciento indiviso de dicha finca 14.583 de Moaña. Entre los otros legados de los que el citado contador partidor hace entrega se encuentra el realizado a favor de la viuda de don I. F. F., doña J. F. B., a quien entrega una serie de acciones y participaciones sociales. Doña J. F. B. no comparece al otorgamiento de la escritura que se califica. A medio de la escritura autorizada el 16 de noviembre de 2016 por el notario de León, don Francisco Enrique Ledesma Muñiz, protocolo 1.337, don I. F. F., doña M. M. F. F., doña M. D. F. F. y don G. F. F., aceptan los derechos que les corresponden en la herencia y legados de don I. F. F., según la partición de dicha herencia y entrega de legados realizada por el contador partidor don J. C. T. L. en la escritura que se califica. 3.º.—Don I. F. F., a cuyo favor consta inscrita la finca 14.583 de Moaña, en pleno dominio y con carácter privativo, falleció el 8 de abril de 2016 en estado de casado con doña J. F. B., teniendo lugar dicho fallecimiento, según consta en la escritura que se califica ostentando la vecindad civil de derecho común. 4.º.—En su testamento, don I. F. F., lega a su esposa doña J. F. B. la cuota viudal establecida en el Código Civil, que deberá ser satisfecha en efectivo metálico. Asimismo establece otros legados a favor de sus hijos don I., doña M. M., doña M. D. y don G. F. F., de su nieto don G. F. A., y de doña M. B. R. S. Uno de dichos legados es el de la finca 14.583 de Moaña, que lega, por cuartas partes, a don I., doña M. M. y doña M. D. F. F., y a doña M. B. R. S. Asimismo, en el resto no comprendido en los legados, instituye herederos a sus hijos don I., doña M. M. y doña M. D. F. F., nombrando albacea y comisario, contador partidor a don J. C. T. L. Fundamentos de Derecho artículos 834, 902, 1056 y 1057 del Código Civil, sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 2009, y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de mayo de 1998, 20 de septiembre de 2003, 8 de mayo de 2012, y 14 de agosto de 2014 así como las disposiciones legales y resoluciones citadas en dicha sentencia y resoluciones. Considerando que, de acuerdo con el artículo 834 del Código Civil, el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora. Considerando que, según el artículo 902 del Código Civil, no habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, entre otras tendrán que satisfacer los legados que consistan en metálico y vigilar la ejecución de

todo lo demás ordenado en el testamento. Considerando que, de acuerdo con el artículo 1056 del Código Civil, cuando el testador hiciere por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. Considerando que, de acuerdo con el artículo 1057 del Código Civil, el testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos. Considerando que, según sentencia dictada el 22 de mayo de 2009 por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, las disposiciones o adjudicaciones realizadas por el testador son de obligado cumplimiento, a salvo en todo caso de las legítimas; es decir, se da la obligatoriedad de las disposiciones particionales del testador, que serán vinculantes en tanto en cuanto no perjudiquen a la legítima. Considerando la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 2003, según la cual la partición de la herencia por el comisario tiene que ajustarse a la voluntad del testador y a las superiores disposiciones legales de carácter imperativo a las que el propio testador quedaba sujeto como son las relativas al respecto de las legítimas. Considerando que, de acuerdo con la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de mayo de 1998, la calificación de una partición de herencia ha de ser global, de modo que no es el hecho aislado de una adjudicación concreta sino el negocio jurídico particional en su conjunto el que ha de calificar el registrador. En el mismo sentido, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de agosto de 2014, según la cual el registrador está facultado para calificar la totalidad de los elementos que concurren en la sucesión hereditaria en relación a los concretos bienes situados en el Registro de su titularidad. Considerando que, tal y como recoge la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de mayo de 2012, nadie puede adquirir derechos en contra de su voluntad, de modo que en caso de cesión a favor de una persona sería necesaria la aceptación expresa en documento auténtico de dicho cesionario para la inscripción de la cesión. Calificación Suspendida la inscripción del documento precedente y ello porque pese a que el causante, don I. F. F., había establecido en su testamento que el legado a favor de doña J. F. B., consistente en la cuota viudal prevista en el Código Civil, debía ser satisfecho en efectivo metálico, el albacea contador partididor, don J. C. T. L. entrega a la citada doña J. F. B., sin la intervención de esta y por tanto sin que la misma preste su consentimiento, una serie de acciones y participaciones sociales; sería, en consecuencia, necesario, que la legataria, doña J. F. B., única interesada en la herencia de don I. F. F. que no ha ratificado el contenido de la escritura de aceptación y partición que se califica, preste su conformidad con que su cuota viudal sea satisfecha, en lugar de en efectivo metálico, como preveía el testamento, en las citadas acciones y participaciones sociales. Contra esta calificación (...) Cangas, a 13 de diciembre de 2016.– La registradora Francisca Núñez Núñez (firma ilegible)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Francisco Enrique Ledesma Muñiz, notario de León, interpuso recurso el día 16 de enero de 2017 en el que, en síntesis, alega lo siguiente: Primero.–Que, en este caso, la falta de pago de la legítima viudal que se impuso por el testador no supone realmente una falta de cumplimiento porque, a la vista del inventario, no hay metálico suficiente en la herencia para ese pago en metálico. Por otra parte, el contador-partididor no puede imponer a los hijos el pago en metálico de la legítima, tal y como dispone el artículo 842 de la Dirección General de los Registros y del Notariado y, por lo tanto, cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia. Dado que el contador-partididor no ha podido efectuar el pago en metálico ni imponerlo a los hijos del testador, ha adjudicado bienes de la herencia. Si el testador ha atribuido al contador-partididor la facultad de adjudicar todos o parte de los bienes a alguno de los hijos, ordenando que se pague en metálico la porción de los demás, conforme establece el artículo 841 del Código Civil, debe entenderse que se la ha atribuido también para entregar los bienes de la herencia en caso de que los hijos así lo exijan, porque ésta

no es más que una operación particional. Por lo tanto, el contador se ajusta a la voluntad del testador y la cumple, si bien, por no poder pagar en metálico ni poder imponer el pago en metálico a los herederos, adjudica, interpretando la voluntad del testador, facultad que intrínsecamente le corresponde, determinados bienes que son los que más idóneos considera, y que, por otro lado, son los mismos, en la proporción que le corresponde que los adjudicados a los demás interesados. No es el contador-partidor quien decide el pago en metálico y, ante su imposibilidad, entrega los bienes determinados, sino que es el propio testador el que ordena ese pago en metálico y sólo ante esa imposibilidad, interpretando la voluntad del testador, entrega bienes determinados, y Segundo.–Que, aun cuando no se cumpla estrictamente la voluntad del testador porque resulte imposible su cumplimiento, esto no es argumento para sostener que es contrario a la voluntad del testador, pues sería una forma de cercenar y suprimir la facultad que tiene el contador de interpretar el testamento y la voluntad del testador que está inmersa en el mismo testamento. La interpretación del contador-partidor tan sólo puede rechazarse -doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 19 de abril de 2013- en sede registral cuando resulta que, claramente, se ha prescindido de las pautas que impone el artículo 675 del Código Civil. En el presente caso no se ha producido, pues parece claro que el testador optó, al imponer el pago de la legítima al cónyuge viudo, por no adjudicar el usufructo de determinados bienes de tal manera que evite la situación de condominio y se consiga que el cónyuge supérstite pueda disponer de su participación. No habiendo metálico suficiente, solo puede conseguirse entregando bienes determinados que, por otro lado, son homogéneos a los de los demás herederos, de modo y manera que el contador-partidor no se ha desviado de la voluntad del testador, sino que se ha ajustado a ella en la forma que ha podido.

IV

Mediante escrito, de fecha 26 de enero de 2017, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 675, 815, 834, 839, 841, 842, 843, 886, 902, 1056 y 1057 del Código Civil; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1999, 4 de octubre de 2001, 22 de mayo y 13 de julio de 2009, 8 de noviembre de 2011, 18 de julio de 2012, 19 de abril de 2013 y 2 de octubre de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de mayo de 1998, 26 de febrero y 20 de septiembre de 2003, 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009, 8 de mayo de 2012, 19 de abril de 2013, 1 de marzo, 30 de abril, 21 de mayo, 4 de julio y 14 de agosto de 2014 y 5 de abril y 18 de julio de 2016.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia y entrega de legados en la que concurren las circunstancias siguientes: el testador ha dispuesto que a la viuda se le pague «la cuota viudal establecida en el Código Civil, cuota viudal que deberá ser satisfecha en efectivo metálico»; el metálico que existe en el caudal hereditario se adjudica a los herederos junto con el pasivo; a la legataria extraña, le pagan su legado con la participación de un inmueble y además con el metálico del caudal hereditario adjudicado a los herederos; a la viuda, le pagan su cuota con acciones y participaciones sociales de la herencia; la viuda no ha comparecido prestando su consentimiento a esta adjudicación.

La registradora suspende la inscripción porque el legado de cuota viudal, conforme el testamento, debía ser satisfecho en efectivo metálico, y el contador-partidor entrega a la viuda, sin su comparecencia y por lo tanto sin que preste su consentimiento, una serie de acciones y participaciones sociales y que, por lo tanto, la viuda debe prestar su conformidad a que la cuota viudal sea satisfecha, en vez de en efectivo metálico como determina el testamento, en acciones y participaciones sociales.

El notario recurrente alega que la interpretación de la voluntad del testador, que es facultad del contador, indica que lo que aquél pretendió fue evitar el condominio en concurrencia con el usufructo, de manera que al imponer el pago de la cuota viudal con metálico y no habiendo suficiente de este en el caudal, también lo permite con otros bienes de la herencia; que no habiendo metálico suficiente en la herencia, y no pudiendo imponer el pago con bienes de la herencia en la forma del artículo 842 del Código Civil, ni hacerlo con metálico que no hay en el caudal hereditario, cumple con entregar bienes de la herencia.

2. En primer lugar, se alega por el recurrente que la razón del pago de la cuota viudal en otros bienes de la herencia, se debe a la interpretación que el contador-partidor hace de la voluntad del testador de evitar una confluencia de dominio con usufructo.

Ha dicho este Centro Directivo en Resolución de 30 de abril de 2014, reiterada posteriormente (vid. «Vistos») que serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los tribunales de Justicia. Según doctrina reiterada de este Centro Directivo, es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencialmente, podrá también el albacea, máxime si en él, además confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador. Y por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los tribunales de Justicia decidir la posibilidad de cumplimiento de la voluntad del testador y su alcance interpretativo, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al tribunal de Instancia.

Así pues, como ha reiterado este Centro Directivo, la facultad de interpretar el testamento para determinar cuál fue la voluntad del causante corresponde, entre otros, al albacea contador-partidor designado. Ahora bien, una cosa es interpretar el testamento para saber cuál fue la voluntad del causante y otra es averiguar cuál hubiera sido su voluntad de no darse determinadas circunstancias que dieron lugar a las disposiciones hechas al tiempo del otorgamiento del testamento.

El artículo 675 del Código Civil establece que las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En el supuesto concreto del expediente, su voluntad aparece cristalina y no requiere mucha interpretación: que a la viuda se le pague «la cuota viudal establecida en el Código Civil, cuota viudal que deberá ser satisfecha en efectivo metálico»; en el testamento no se ha hecho ninguna previsión para el caso de no haber metálico suficiente para satisfacer esa cuota y esto es lo que está interpretando el contador; además, el contador-partidor, existiendo metálico en el caudal hereditario en cuantas corrientes del inventario, aunque insuficiente y tras las reducciones oportunas de los legados, ha optado por pagar a la viuda su cuota con otros bienes de la herencia. Pero previamente ha satisfecho uno de los legados a extraños con el dinero de las cuentas del inventario aunque adjudicándolo a los herederos para que ellos paguen ese legado.

Ciertamente lo que se ha producido es una conmutación del usufructo viudal por otros bienes de la herencia, lo que centra la cuestión en si es posible hacer esa conmutación por el contador-partidor sin el consentimiento de la viuda.

3. El artículo 834 del Código Civil establece que la cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho cuando concurre a la herencia con hijos o descendientes, consiste en el usufructo del tercio destinado a mejora. No obstante, el artículo 839 permite la conmutación del usufructo por una renta vitalicia, el producto de determinados bienes o un capital efectivo, «procediendo de mutuo acuerdo, y en su defecto, por virtud de mandato judicial». Esta regla general se ha perfilado por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que esta facultad de conmutar corresponde a los herederos sin discriminación de si son voluntarios o forzosos, por testamento o abintestato y también, según la doctrina mayoritaria, que puede el testador ejercitar la conmutación en

su testamento e incluso imponer o prohibir la conmutación, tanto al cónyuge superviviente como a los herederos.

Menos pacífica es la cuestión de si en el acuerdo para la conmutación debe incluirse el cónyuge viudo. Así, por un lado están quienes entienden que la facultad de conmutar corresponde a herederos y legatarios sobre los que recaiga la cuota viudal, de común acuerdo -no siendo aceptable que cada uno imponga una fórmula diversa- y a falta de acuerdo decidirá la autoridad judicial; por otro lado, quienes consideran que la expresión «mutuo acuerdo» no puede referirse al de los herederos entre sí, respecto de los cuales la expresión adecuada sería la de «común acuerdo», por lo que «mutuo acuerdo» presupone dos partes con intereses contrapuestos por concordar. En este último sentido parece pronunciarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2001, requiriendo la conformidad del viudo, o la aprobación judicial subsidiaria para la elección de la modalidad de conmutación, tesis que confirma la Sentencia del mismo Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009. Pero, aunque se admitiese que la facultad de conmutación corresponde a los herederos, así como la elección de la modalidad de la misma, debiendo participar el viudo solo en la valoración de su derecho, en el caso concreto, resulta que la opción elegida por el contador-partidor y ratificada por los herederos no es ninguna de las previstas en el artículo 839 del Código Civil, circunstancia que hay que valorar especialmente y a la que después aludiremos.

Y en cuanto al contador-partidor se ha determinado por la doctrina, como regla general, que no puede decidir por sí solo la conmutación; por excepción, lo puede hacer si el causante la impone o le faculta expresamente; si lo ha hecho indicando el medio solutorio, en cuyo caso el contador deberá proceder a la conmutación con ese medio; si se limita a autorizarla o a indicarla simplemente, sin especificar la prestación sustitutoria, el contador deberá cumplir lo ordenado en el testamento, quedando a salvo el derecho del cónyuge superviviente o de los herederos para reclamar, caso de perjuicio para sus derechos legítimos. También ha determinado la doctrina que la conmutación ordenada por el testador vincula a los herederos, lo que es indudable si los herederos obligados son voluntarios, o aunque sean forzosos, si la legítima ha de pagarse con cargo a la parte libre y ésta se deja también a aquéllos.

4. Nos encontramos, en principio, con una partición realizada por contador-partidor, aunque después confirmada por los herederos testamentarios, y se pretende amparar la solución adoptada por el contador-partidor en las facultades de interpretación del mismo sobre el testamento.

Aun reconociendo las amplias facultades interpretativas del contador-partidor testamentario, debe también considerarse que su actuación tiene claros límites, como los de no contradecir la voluntad del causante, no infringir normas imperativas, como las que protegen las legítimas, y no exceder en su actuación de lo particional (la «simple facultad de hacer la partición», dice el artículo 1057.1 del Código Civil), pues los actos de naturaleza dispositiva deben ser consentidos por los herederos, como regla general.

Y resulta que habiendo el causante ordenado el pago en metálico de la legítima del cónyuge viudo, el contador-partidor lo pretende realizar en otros bienes de la herencia, con el argumento de que no existe metálico suficiente en la misma y esta es la solución más conveniente para la partición, cuando la exigencia de que el metálico legado en la que se ordena el pago en la legítima del viudo exista en la herencia no es evidente y contradice lo dispuesto en el artículo 886 del Código Civil. No cabe afirmar, por tanto, que en la escritura presentada a inscripción se recoja una conmutación realizada por el testador y vinculante para el viudo, pues la partición se aparta, en este punto y de modo esencial, de lo dispuesto por el causante, y ello impide cualquier consideración sobre que dicha legítima del viudo haya quedado satisfecha o modificada en su naturaleza. Debe recordarse, pues es norma general en materia de obligaciones, que el pago en que se entrega una cosa distinta a la debida no extingue la obligación sin consentimiento del acreedor (artículo 1166 del Código Civil). Es cierto que, en alguna ocasión, este Centro Directivo ha admitido el cumplimiento por equivalencia de un legado a entregar por el contador-partidor, pero exigiendo siempre para ello la conformidad tanto de los herederos como del legatario. Así, la Resolución

de 19 de abril de 2013 resuelve sobre un caso en que el testador había ordenado al albacea contador-partidor la venta de un inmueble y la entrega a los legatarios del producto de la misma, considerándose que la entrega directa a los legatarios del inmueble, en proporción a sus derechos, no contradecía la voluntad testamentaria. Y al margen de la diferencia de circunstancias con el caso presente, se declaró entonces que dicha modificación del objeto del legado «sólo podría ser el resultado de un acuerdo entre legatario y herederos».

Si, asumiendo que la conmutación que recoge la partición que se presenta a inscripción no es la realizada por el testador, consideráramos que es el mismo contador-partidor el que está decidiendo la conmutación en otros bienes distintos del dinero, debe recordarse que este Centro Directivo ha cuestionado que al contador-partidor corresponda o quepa atribuirle esta facultad de conmutación (así, Resoluciones de 18 de diciembre de 2002 o de 29 de enero de 2013), aparte de que esta atribución de facultad no consta en el testamento de forma expresa, y, además, el contador-partidor estaría ejerciendo esta supuesta facultad de conmutación eligiendo una alternativa no prevista en el artículo 839 del Código Civil (no se conmutaría por un capital en efectivo, ni por los productos de determinados bienes, ni por una renta vitalicia, sino por un lote de bienes hereditarios), y eso por sí solo exigiría requiriendo el consentimiento expreso del viudo, además del de los herederos.

Tampoco los herederos, que han aceptado la partición del contador-partidor, podrían imponer al viudo una modalidad de conmutación no prevista legalmente, si es que pueden imponerle alguna, y si se argumentase que esta confirmación por los herederos ha transformado una partición por contador-partidor en una partición contractual del artículo 1058 del Código Civil, resultaría que el cónyuge viudo, como heredero forzoso, debe consentir dicha partición, según reiterada jurisprudencia y la postura de esta Dirección General.

Cabe citar, en relación con esta materia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009, que en una partición realizada por un contador-partidor judicial, declara, en relación con la facultad de conmutación del artículo 839 del Código Civil: «este derecho corresponde ejercerlo a los herederos, pero con la conformidad del cónyuge viudo, y que cuando falta el acuerdo corresponde a la autoridad judicial la decisión sobre la forma de pagar dicho usufructo». Y, en relación con la necesidad de que la conmutación se realice con alguna de las fórmulas legalmente previstas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2011, también en una partición por contador-partidor, declara: «se ha de considerar que la partición efectuada incurre en la nulidad denunciada por la parte actora, en primer lugar por infringir claramente lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, que determina las formas en que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en el usufructo, sin que lógicamente se puedan atribuir para ello bienes en propiedad sin el consentimiento expreso de todos los herederos». Por último, es de citar la Resolución de este Centro Directivo de 22 de octubre de 1999, que exige el consentimiento del cónyuge viudo legitimario tanto a la partición de los herederos como a la posible conmutación de su derecho, siempre a salvo de aprobación judicial alternativa, afirmando: «aceptada la herencia, la legítima del cónyuge viudo -a la que existe un llamamiento directo «ex lege»- no se trata de un simple derecho de crédito (...) sino que constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario, que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia hasta que con consentimiento del cónyuge legitimario o intervención judicial se concrete sobre bienes determinados o sea objeto de la correspondiente conmutación (cfr. artículos 806 y 839, párrafo segundo, del Código Civil)».

5. Alega el recurrente que no puede imponerse a los hijos el pago en metálico por no haber suficiente en la herencia y que conforme al artículo 842 del Código Civil pueden hacerlo en otros bienes de la herencia. Pero el artículo 842, así como los comprendidos en la misma Sección Octava, no es aplicable a la legítima del viudo, no solo por su ubicación sistemática dentro del propio Código (están en sección distinta), sino también por el tenor literal de los mismos y la diferencia sustancial entre la legítima del viudo y la de los hijos y descendientes. Así, el artículo 842 se refiere a «los hijos o descendientes obligados a

pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos», el artículo 843 se refiere a la confirmación expresa de «todos los hijos o descendientes», resultando por tanto claro que dicha regulación se refiere a la legítima de los descendientes pero no a la del cónyuge viudo, que tiene regulación propia y naturaleza distinta.

6. En el supuesto concreto, el contador-partidor impone a los herederos el deber de abonar determinadas cantidades, procediendo a entregar el legado en metálico ordenado por el causante en su testamento a favor de persona distinta de los herederos. Así, el contador-partidor entrega a una legataria extraña, un legado en metálico ordenado por el testador, previa reducción del mismo y por cuantía que excede de la del metálico inventariado en los números 9 y 10, por tanto, en parte en metálico de la herencia y en otra, mediante metálico extra hereditario a cargo de los herederos, para después cumplimentar a la viuda su cuota en otros bienes de la herencia porque manifiesta que no hay metálico suficiente para pagar conforme la voluntad del testador.

Así pues, en la escritura calificada se inventarían bajo los números 9 y 10 sendas partidas en efectivo que, no obstante, no se adjudican en pago de la legítima viudal sino que se adjudican por terceras partes a los herederos para pagar el legado en metálico a persona que no es legitimaria. Al cónyuge viudo se le adjudican acciones no cotizadas en bolsa y participaciones sociales, que no pueden equipararse al carácter fungible del dinero. Se contraviene así el orden de prelación, pues antes que el pago de legados debe procederse al pago de la legítima. Ha dicho este Centro Directivo -Resolución de 5 de abril de 2016- que: «este Centro Directivo ha puesto de relieve (cfr. las Resoluciones de 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009 y 4 de julio de 2014) que los legados, cualquiera que sea su naturaleza, están subordinados al pago de las deudas y, cuando existen herederos forzosos -lo que en este caso acontece-, al pago de las legítimas».

En consecuencia, en este supuesto concreto, existiendo metálico en la herencia, el contador debe proceder a la adjudicación del mismo en pago de la legítima viudal en cumplimiento de lo dispuesto por el testador en su testamento y, no siendo suficiente el metálico inventariado, debe realizar el pago en metálico extra hereditario, o en otros bienes de la herencia pero en este caso con el consentimiento del cónyuge, sin que resulten aplicables los artículos 841 y siguientes del Código Civil, sino el artículo 886.

7. Sucede que la finca que motiva la calificación había sido objeto de legado en pro indiviso por el testador a favor de cuatro personas, los tres herederos testamentarios, además de una cuarta legataria. La entrega del legado de inmueble la realiza el contador-partidor, en la propia partición que formaliza, y muestran su conformidad con ella tanto los herederos testamentarios como los legatarios de dicha finca, además del otro hijo, no instituido heredero, al que le había sido reconocida la legítima en el testamento, lo que implica que sólo faltaría el consentimiento para dicha entrega de legado de la viuda del testador, en su condición de heredera forzosa de la herencia. Asumiendo que ésta conserva dicha condición, según lo antes razonado sobre la falta de efectos de la conmutación recogida en la escritura, ello nos remite a la doctrina de esta Dirección General sobre entrega de legados por el contador-partidor o por los herederos, que exige, bien el consentimiento de los herederos forzosos, bien que de la partición realizada por el contador-partidor resulte la no vulneración de las legítimas por los legados entregados. La aplicación de dicha doctrina al caso implica la confirmación de la calificación, no resultando de la partición realizada que se hayan satisfecho los derechos legitimarios de la viuda, en cuanto se le impone una forma de conmutación distinta a la prevista por el causante y que no es una de las alternativas legalmente previstas para ello, ni ha prestado este su consentimiento a la entrega de legado. El cónyuge viudo debe tener el mismo tratamiento a estos efectos que otro heredero forzoso, cuya condición le reconocen el artículo 807.3 y los artículos 834 y siguientes del Código Civil, teniendo en cuenta que el artículo 81.1.º.a) del Reglamento Hipotecario no distingue entre clases de legitimarios, cuando implícitamente exige su consentimiento para la toma de posesión de lo legado por el legatario, además de la afección real que impone en garantía de la legítima del viudo el artículo 839 del Código Civil. Cabe citar en tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2003, en donde la oposición a la demanda de entrega de un legado

al tercero se basaba en la posible lesión de los derechos legitimarios del viudo, reconociendo que dicho cónyuge viudo hubiera tenido, de haber vivido y conservar su derecho de usufructo vigente, la facultad de oponerse a la entrega del legado, en tanto no se determinase la posible inoficiosidad del mismo, «facultad que le otorgaba tanto el artículo 806 y el artículo 817, ambos del Código Civil, en relación al artículo 818 de dicho Cuerpo legal».

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

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

Madrid, 4 de abril de 2017.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.