

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11017 *Resolución de 4 de julio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Bilbao n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y aceptación de legado.*

En el recurso interpuesto por don Andrés María Urrutia Badiola, Notario de Bilbao, contra la calificación del registrador de la propiedad de Bilbao número 2, don Alfonso de Rentería Arocena, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y aceptación de legado.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Bilbao, don Andrés María Urrutia Badiola, de fecha 10 de octubre de 2018, se otorgó por la legataria doña M. J. M. Z., la manifestación y aceptación de un legado de la herencia de su madre, doña O. Z. O. La causante falleció el día 19 de junio de 2018 en estado de viuda y dejando seis hijos; en su último testamento, ante el mismo notario, de fecha 6 de junio de 2013, tras la manifestación de ostentar vecindad civil vasca y las demás ordinarias, entre otras que no interesan dispuso lo siguiente: «Ordena los siguientes legados, de las participaciones que correspondan a la testadora en los inmuebles que se expresan a continuación, facultando a cada uno de los legatarios a tomar por sí mismo de lo legado: (...) c) A su hija J. M. Z.: (...) – el pleno dominio de la vivienda sita en la calle (...) en Bilbao (...); en el resto de sus bienes instituyó herederos universales a sus seis hijos sustituidos por sus descendientes. En la citada escritura, la única compareciente aceptaba y se adjudicaba el pleno dominio de la finca inventariada.

II

Presentada el día 5 de febrero de 2019 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Bilbao número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

Hechos:

1. Se solicita la inscripción de una escritura pública de manifestación y entrega de legado de la finca registral número 33.826 de este Registro de la Propiedad, vivienda (...) de Bilbao, inscrita en pleno dominio, al tomo 1958. libro 1904. folio 220, a favor de doña M. O. Z. O., por título de herencia.

2. Resulta del título calificado y de los documentos complementarios (certificado de defunción y del registro de actos de última voluntad) que dicha titular registral falleció en Bilbao el día 19 de junio de 2018, con vecindad civil vasca, bajo un testamento otorgado el día 6 de junio de 2013, cuando tenía vecindad civil común, ante el notario de Bilbao don Andrés María Urrutia Badiola, en el que entre otras disposiciones:

– Legó a su esposo don J. A. M. L. el tercio de libre disposición, en pleno dominio, además de su cuota legal usufructuaria. En pago de dicho legado, dispuso la testadora que le fuera adjudicado «... en plena propiedad la totalidad del metálico, acciones, saldos, valores y vehículos que le pertenecen, así, como los negocios en funcionamiento que son de su propiedad y el usufructo de todos los bienes inmuebles que a la testadora

correspondan, facultando expresamente al legatario a tomar posesión por sí mismo de lo legado».

– Ordenó diferentes legados a favor de sus hijos, respecto de las participaciones que correspondieran a la testadora en diferentes bienes inmuebles, facultando a cada uno de los legatarios a tomar posesión por sí mismos de lo legado. Entre dichas disposiciones, la testadora legó a su hija J. M. Z. el pleno dominio de la vivienda sita en la calle (...) de Bilbao.

– Instituyó herederos, en el resto de sus bienes, derechos y acciones, por partes iguales, a sus seis hijos H., J., G., I., N. y A. M. Z.

3. En el título calificado, doña M. J. M. Z. acepta el legado causado al fallecimiento de su madre doña O. Z. O. y se adjudica en pleno dominio la vivienda descrita, con carácter privativo.

Fundamentos de Derecho:

Primero. Como resume la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resoluciones de 12 de junio y de 12 de julio de 2017), resulta de la aplicación de los artículos 3 y 9 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, de las disposiciones transitorias 1.^a y 7.^a de dicha norma. de los artículos 9.8 y 16.1 del Código Civil, de la disposición transitoria 12.^a de dicho texto legal y de la disposición transitoria 8.^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo que las sucesiones «mortis causa» abiertas después de entrar en vigor la Ley 5/2015 se rigen por la nueva legislación, todo ello con arreglo a la vecindad civil vasca general de la causante al tiempo de su fallecimiento. En consecuencia, el sistema de legítimas aplicable será el reconocido por dicha ley, respetando en la medida de lo posible las disposiciones testamentarias otorgadas por aquella.

Segundo. Como regla general, el legatario no puede ocupar por sí mismo la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (artículo 885 del Código Civil, aplicable con carácter supletorio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 5/2015, de 25 de junio). No obstante, entre las excepciones a la regla general cabe citar las siguientes que guardan relación con el supuesto de hecho a que se refiere el título calificado.

– El prelegatario puede tomar posesión por sí mismo de la cosa legada, siempre que se trate de heredero único y en ausencia de legitimarios del causante (cfr. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 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 y 5 de abril de 2016, entre otras). Del título calificado resulta la existencia de otros herederos de la causante, que además son legitimarios, por lo que no procede la aplicación de esta primera excepción a la regla general.

– De conformidad con lo dispuesto en el artículo 81, letra a) del Reglamento Hipotecario, puede practicarse la inscripción a favor del legatario de inmueble específicamente legado en virtud de escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios, si está facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada. Del testamento de la causante resulta que la legataria otorgante del título calificado está facultada expresamente por la testadora para tomar posesión por sí misma de la finca legada, aun cuando resulta igualmente de la documentación presentada la existencia de legitimarios de la causante. A la naturaleza del derecho de estos legitimarios se refieren los fundamentos de derecho siguientes.

Tercero. La Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resoluciones de 5 de abril de 2016, 9 de marzo de 2017, 22 febrero, 5 de julio, 17 de septiembre, 31 de octubre y 29 de noviembre de 2018, por citar las más recientes), ha afirmado que los legitimarios «pars bonorum» o «pars hereditatis», es decir, aquellos con derecho a una cuota de la herencia, deben consentir la manifestación del legado otorgada por el

legatario expresamente facultado para ocupar por sí mismo el bien legado. 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 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. Los legados, cualquiera que sea su naturaleza, están subordinados al pago de las deudas y, cuando existen herederos forzosos, al pago de las legítimas. La dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de la masa hereditaria, y, por tanto, a los acreedores, así como, en su caso, a los legitimarios.

Cuarto. También ha afirmado la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resoluciones de 16 de marzo y 9 de junio de 2017) que la exigencia de que no existan legitimarios impuesta por el apartado a) del artículo 81 del Reglamento Hipotecario respecto de la inscripción de la escritura de manifestación del legado otorgada por el legatario a quien el testador ha autorizado para ocupar la cosa legada por sí mismo no puede entenderse referida al legitimario «pars valoris», habida cuenta de la naturaleza de esta legítima, que únicamente confiere el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que este puede atribuirles por cualquier título, de suerte que el legitimario es un simple acreedor del heredero (como sucede, por ejemplo, en el vigente derecho civil de Cataluña y Galicia).

Quinto. Por lo que se refiere a la aplicación del artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario a las legítimas «pars valoris bonorum», que pueden ser satisfechas con bienes extrahereditarios pero con afección de todos los bienes de la herencia a su pago, la Dirección General de los Registros y del Notariado no se ha pronunciado expresamente, aunque la respuesta favorable a la necesaria concurrencia de los legitimarios puede deducirse de las consideraciones hechas en la Resolución de 2 de agosto de 2016 cuando establece, en su fundamento de derecho séptimo, lo siguiente: «... Cuando la legítima es "pars hereditatis", "pars bonorum" o "pars valoris bonorum", el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, puede interponer el juicio de testamentaria y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere ejecutado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador partidor. Además, mientras no se satisfagan las legítimas todos los bienes de la herencia están afectos al pago de las mismas (artículo 806 del Código Civil). Junto a la posibilidad de promover el juicio de testamentaria y la intervención en los actos particionales, el legitimario dispone de las acciones correspondientes para pedir el suplemento de legítima, la declaración de ser injusta la desheredación o la acción de preterición errónea o intencional. Pero cuando la legítima es un simple derecho de crédito frente a la herencia ("pars valoris"), el legitimario puede ver burlados sus derechos sobre los inmuebles relictos por el juego de la fe pública y el nacimiento de terceros. Cuando para inscribir los bienes a nombre del heredero o legatario se precisa el consentimiento de los legitimarios, tienen éstos garantía suficiente, pero cuando el heredero puede satisfacer las legítimas en metálico o bienes no inmuebles, más propiamente bienes no registrables, es fácil obviar el asentimiento legitimario en materia inmobiliaria. Cuando la legítima es concebida como una "pars valoris" entonces adquiere una naturaleza distinta, ya que a través de una facultad concedida por la ley o por el legislador se convierte en la obligación de satisfacerla y adopta con ello el tipo de una obligación facultativa. Se convierte así la legítima en un crédito del legitimario frente al heredero, y de ahí que sea necesario el principio de publicidad para garantizar el posible pago de lo que la ley le reserva...»

Sexto. En su último testamento, la causante legó a su esposo don J. A. M. L. el tercio de libre disposición, en pleno dominio, además de su cuota legal usufructuaria. Debe acreditarse su prelación a la causante (mediante certificación del Registro Civil o declaración de fallecimiento), porque de haber sobrevivido a aquella, como legitimario

«pars bonorum» (cfr. artículo 52.1 de la Ley 5/2015, de 25 de junio) hubiera debido consentir la escritura pública calificada, conforme a lo establecido en el artículo 81 a) del Reglamento Hipotecario.

Séptimo. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47, párrafo primero, de la Ley 5/2015, de 25 de junio, son también legitimarios los otros cinco hijos de la causante que no consienten la escritura pública calificada. Lo que no aclara la Ley 5/2015 es la naturaleza de su legítima, criterio relevante –como hemos visto– para decidir acerca de la aplicación del artículo 81 letra a) del Reglamento Hipotecario a este supuesto.

Octavo. El principio de libertad civil que inspira, con carácter tradicional, el derecho civil vasco (cfr. artículo 4 de la Ley 5/2015) no resulta determinante a la hora de definir la naturaleza la legítima. Tradicionalmente, la legítima de los descendientes ha sido en el derecho civil vasco y ha reunido dos notas características: legítima colectiva y legítima «pars bonorum». La legítima es definida en 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 (artículo 48.1). Los artículos 58 a 60 confirman que para el cálculo de la cuota de legítima 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»).

Es claro el carácter «pars bonorum» de la legítima reconocida al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho inscrita. Sin embargo, la Ley 5/2015 no se pronuncia expresamente sobre la naturaleza jurídica de la legítima de los descendientes, aun cuando establece las siguientes determinaciones que impiden calificar, a mi juicio, como meros acreedores del heredero a los descendientes legitimarios:

– En la Ley 5/2015, la legítima se regula, como en los precedentes legislativos vascos, como una limitación a la libertad de testar (en su título segundo, capítulo segundo, sección primera) y se define como una cuota sobre la herencia (artículo 48.1) –ahora de un tercio del patrimonio, se lee en su exposición de motivos– 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.

– El legitimario es denominado en la Ley 5/2015 «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); 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). Por el contrario, no hallaremos en la Ley 5/2015 ninguna calificación del legitimario como acreedor del heredero.

– Existiendo legitimarios, el comisario –a quien le corresponde designar sucesor, distribuir los bienes de la herencia y cuantas facultades se le atribuyan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos– no podrá designar sucesores a otras personas (artículo 33.3 de la Ley 5/2015).

– Al menos un legitimario con plena capacidad de obrar es llamado (por el artículo 43.5 de la Ley 5/2015) 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, llamamiento que resulta extraño de considerar a los legitimarios como meros acreedores del heredero.

– Los artículos 56 y 57 de la Ley 5/2015 consagran unas normas sobre intangibilidad cualitativa de la legítima de los hijos o descendientes que son difícilmente explicables si estos últimos merecieran la calificación de simples acreedores de los herederos.

– Los apartados 2 y 3 del artículo 51 de la Ley 5/2015 anudan una consecuencia a la lesión de la legítima colectiva de los descendientes (nulidad de las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial, ineficacia que afecta incluso a terceros) que parece desproporcionada si se califica a la legítima como mero crédito frente a los herederos.

– Si hubiese poder testatorio, la valoración de los bienes para fijar la legítima se hará, de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 5/2015, i) por el comisario,

si no tuviese interés en la sucesión, ii) por el comisario con el contador-partidor que el causante hubiese designado, iii) por el comisario, con los sucesores presuntos o iv) por decisión judicial.

Noveno. Por las razones expuestas, los otros cinco hijos de la causante no deben ser considerados como legitimarios «pars valoris» o titulares de un mero derecho de crédito y, en consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario, deben consentir el contenido de la escritura pública calificada.

Expuesto cuanto antecede, suspendo la inscripción del título calificado por los dos siguientes defectos, que considero subsanables:

1. Debe acreditarse la premoencia de don J. A. M. L. a la causante, mediante certificación de defunción del Registro Civil o declaración de fallecimiento.
2. Debe acreditarse en documento público el consentimiento de los otros cinco hijos de la causante al contenido de la escritura pública calificada.

Esta calificación desfavorable (...)

Bilbao, a catorce de febrero de dos mil diecinueve El registrador (firma ilegible) Fdo.: Alfonso Rentería Arocena.

III

Solicitada el día 21 de febrero de 2019 calificación sustitutoria, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Durango, don Miguel José Octavio Uranga, quien, con fecha 13 de marzo de 2019, confirmó la calificación del registrador de la Propiedad de Bilbao número 2.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Andrés María Urrutia Badiola, notario de Bilbao, interpuso recurso el día 10 de abril de 2019 en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

Primero. Como cuestión previa, el notario recurrente acepta el primero de los defectos señalados por la calificación y recurre el segundo de ellos. Hace constar que, de conformidad con lo establecido en la Resolución de 6 de octubre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado considera que, no obstante, lo dispuesto en el artículo 14.1.a) del Estatuto de Autonomía del País Vasco, 14.1. La competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco se extiende: en el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias del Derecho Civil Foral propio del País Vasco, al no tener la Comunidad Autónoma del País Vasco una regulación propia en los recursos contra las calificaciones de los Registradores, como sucede en otras Comunidades Autónomas, a su juicio, es competente para resolver el recurso planteado la Dirección General de los Registros y del Notariado, sin perjuicio de que sean, en última instancia los Tribunales de la Comunidad Autónoma del País Vasco los que se pronuncien sobre el asunto, ya que las resoluciones de la Dirección General como todo acto administrativo pueden impugnarse ante los Tribunales competentes.

Segundo. Con relación al punto primero del fundamento de derecho de la calificación, el aquí recurrente muestra su conformidad con lo señalado por la calificación del registrador, en cuanto al conflicto intertemporal que se produce en la sucesión de doña O. Z. O. que otorgó testamento con arreglo al Código Civil, pero que falleció con vecindad civil vasca y, por lo tanto, de acuerdo con lo establecido en el derecho Civil Vasco, por Ley 5/2015, de 25 de junio, en relación con su disposición transitoria primera y tal como ha señalado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de octubre de 2016, la disposición parte del hecho y del momento de la

muerte del causante, para todo el fenómeno sucesorio; los derechos hereditarios nacen en ese momento, sin entrar ahora a analizar los problemas de delaciones diferidas o condicionadas; y la fecha del fallecimiento determina qué personas y en qué cuantía tienen derecho a la herencia como herederos, legitimarios, abintestato, testamentario, o legatario. En consecuencia, continúa la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 12 de julio de 2017 manifestando que, con una aplicación literal de la ley vasca, habiendo sido reducido uno de los descendientes a la legítima estricta que por ley le corresponda, y no habiéndola conforme a la nueva legislación vasca, se debe entender apartado de la herencia.

Tercero. Puntualiza que el ajuste legitimario que ha de realizarse en la sucesión de la fallecida, de conformidad con lo establecido en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, tiene una doble consideración ya que, dicho ajuste supone la aplicación a la sucesión de la causante del sistema legitimario establecido por el Derecho Civil Vasco, tanto en lo relativo a la cuantía de la legítima para los hijos y descendientes del causante, que será de una tercera parte del valor económico de la herencia, como al hecho de la diferente naturaleza jurídica que supone la entrada en vigor de esta ley, al pasar de ser una legítima individual de cada uno de los hijos y descendientes de conformidad con la legislación civil común, a una legítima colectiva de libre distribución entre dichos hijos y descendientes a través del apartamiento expreso o tácito y de atribución a los mismos a título de herencia, legado, donación o de otro modo (ex. artículos 48.1 y 49 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco). De ahí que la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de fecha 20 de diciembre de 2018 afirme en esta línea que: de la interpretación conjunta de ambos preceptos, se deduce que la legítima estricta en el sentido del Derecho común ha desaparecido, existiendo una legítima amplia global o colectiva, tal como ocurre en el derecho foral de Aragón, y tal como existía antes en el Fuero de Vizcaya, en el que la cuantía era de cuatro quintas partes de la herencia. En consecuencia, la norma vasca no atribuye derecho mínimo alguno al descendiente que no haya sido llamado en cuantía cierta y determinada, lo que ocurre en este expediente en el que se le reduce a lo mínimo que por ley le pueda corresponder. Todo esto, siempre que se haya designado como heredero otro hijo o descendiente en la herencia, lo que ha ocurrido en el presente caso, por lo que se ha de concluir en que la otra hija estaba excluida de la herencia.

En esa misma línea se mueve ya la doctrina del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación al Derecho Civil Vasco, en el sentido de resolver el conflicto intertemporal derivado de la aplicación de la Ley de Derecho Civil Vasco a las sucesiones en las que el causante ha fallecido tras su entrada en vigor, si bien otorgó testamento con anterioridad a la misma, tal como resulta del fundamento de Derecho tercero de la sentencia número 2296/2018 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso de casación. La cita de sus términos resulta pertinente en este caso: «la disposición transitoria segunda supone el mantenimiento de la vigencia y eficacia de los actos –en este caso, testamentos–, otorgados bajo la vigencia de la antigua ley una vez entra en vigor la nueva: si era válido conforme a la antigua deberá mantenerse esa validez incluso si la solución a la que se llega es contraria a la que se derivaría de la aplicación de la norma vigente en el momento del fallecimiento; esto supone que la sucesión quedará ordenada conforme a la ley vigente en el momento en que se otorgó, a salvo de las limitaciones contenidas en la disposición transitoria duodécima. Se trata de una previsión lógica y respetuosa con la seguridad jurídica, pues no se puede pedir al testador que otorgue testamento conforme a una ley que no sólo no está promulgada en el momento de otorgamiento, sino que puede que ni siquiera se haya planteado la eventual modificación que contradice la voluntad testamentaria. Conforme a la disposición transitoria duodécima la adjudicación y reparto de la herencia deberá respetar las legítimas de la normativa vigente en el momento del fallecimiento, cumpliéndose en todo lo que se pueda la voluntad del testador. Una interpretación integrada de ambas disposiciones transitorias nos lleva a concluir que las circunstancias del testamento de Don Dimas –incluyendo no sólo la validez del testamento desde una

perspectiva formal, que nadie ha puesto en duda, sino todo lo relativo a la validez de la institución de heredero y las eventuales consecuencias de su invalidez— deben ser analizadas a la luz de la ley vigente en el momento de su otorgamiento, esto es, la Ley 3/1992, salvo en lo que a las legítimas —y el reparto y adjudicación de la herencia se refiere—, en que será de aplicación la LDCV, vigente en el momento de su fallecimiento».

Cuarto. Con relación al punto segundo del fundamento de Derecho de la calificación, el legatario se haya facultado en el testamento para tomar posesión por sí mismo del legado y, de conformidad, con el artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario, puede hacerlo así, si efectivamente no existen legitimarios y ha sido autorizado para ello.

La existencia de legitimarios, sin embargo, ha de interpretarse a la luz de la Ley de Derecho Civil Vasco aplicable a esta sucesión, ya que, como ha señalado entre otras la Resolución de 15 de marzo de 2011 de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña: cuando el artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario exige que no existan legitimarios para permitir la inscripción por escritura de manifestación del legado hecha por el legatario facultado por el causante para tomar posesión del bien legado, se está refiriendo al legitimario del Código Civil español, pero en ningún caso se puede aplicar al legitimario catalán quien puede pedir la reducción de los legados que perjudiquen a su derecho, pero que no tiene ninguna intervención en la entrega de la cosa legada ni en la aceptación o la partición de la herencia por los herederos, aunque sean externos a la familia, y, por lo tanto, olvida la calificación recurrida que los legitimarios que corresponden a esta sucesión no son ya legitimarios de Código Civil, sino legitimarios de Derecho Civil Vasco, dentro de una legítima colectiva de libre disposición por el testador, mediante el mecanismo del apartamiento que puede ser expreso o tácito, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.3 de la Ley de Derecho Civil Vasco, que establece expresamente que la omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito y que el causante de conformidad con el artículo 48.2 de la Ley de Derecho Civil Vasco está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita, llegando al extremo, en el apartado 48.4 de la Ley de Derecho Civil Vasco de establecer una regulación completamente diferente de la preterición, sin conferir derecho alguno al preterido no intencionalmente, al determinar que la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento.

Así lo ha reiterado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 5 de julio de 2018 que señala que, en cuanto al apartamiento tácito de los descendientes, ha dicho este Centro Directivo en Resolución de 12 de junio de 2017, que «se observa la normativa en cuanto al respeto de la legítima de los descendientes regulada en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, ya que la legítima se salva en la persona de su hijo nombrado heredero. No se trata de un problema de interpretación de un testamento sino de aplicación de la Ley. A este respecto, la evolución del Derecho Foral de Vizcaya, antecedente indiscutido en la regulación actual del Derecho Civil Vasco, ha sido clara: la Compilación de 30 de julio de 1959 admitía el apartamiento expreso o tácito, pero exigía que constara claramente la voluntad del testador de apartar de su herencia a descendientes (artículo 23). Posteriormente, la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, mantuvo la misma doctrina y reguló los efectos de la preterición no intencional, dando derecho al preterido a "una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido" (artículo 54). Y la Ley 5/2015, de 25 de junio, actualmente vigente es clara; no exige que conste la voluntad expresa de apartar, y equipara al apartamiento la preterición, intencional o no. La línea evolutiva del Derecho Foral en el País Vasco ha sido constante desde los lejanos tiempos anteriores a la Compilación en que, para salvar la "legítima formal" de los apartados, se utilizaba la fórmula notarial de asignarles a los mismos "un real de vellón, un palmo de tierra y una teja"».

El legislador vasco opta así por 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. Se aparta así el legislador civil vasco de la configuración tradicional de la legítima vizcaína como «pars bonorum», aún existente en un sistema de legítima colectiva y apartamiento, cual es el caso del Derecho Civil aragonés, que dispone expresamente en su artículo 497.1 que la legítima debe atribuirse en bienes relictos, disposición que, en ningún caso, aparece en la nueva Ley Civil Vasca. Es necesario subrayar, dentro de ese mismo sistema de legítima colectiva aragonesa, la posibilidad de que el legatario de cosa cierta y determinada pueda tomar posesión por sí mismo del legado e inscribirlo en el Registro de la Propiedad. En este sentido, el artículo 479 del Código de Derecho Foral de Aragón vigente, que determina: Posesión del legado. 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.

Del mismo modo, el legislador vasco se diferencia v.gr. del gallego que establece una configuración de ese posible derecho del legitimario como un valor económico o crédito dentro de un sistema de legítima individualizada para cada uno de los herederos, tal como se desprende de los artículos 249.1 que establece que el legitimario no tiene acción real para reclamar la legítima y será considerado a todos los efectos, como un acreedor y el artículo 243, que establece que constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes.

Quinto. Con relación a los puntos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del fundamento de derecho de la calificación, se centra la calificación recurrida en la naturaleza jurídica de la legítima como punto fundamental para dilucidar la posibilidad de que el legatario, facultado por la causante para tomar posesión del legado, no pueda hacerlo sin necesidad de intervención de los legitimarios. La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha ocupado de la misma en Derecho común, a través de diferentes resoluciones entre las que cabe citar la de 29 de junio de 2017 y 9 de enero, 21 de noviembre y 29 de diciembre de 2018, en el sentido de entenderla necesaria. Lo anterior exige plantearse «ab ovo» la naturaleza jurídica de la legítima colectiva establecida por el Derecho Civil Vasco en la Ley de Derecho Civil Vasco.

Frente al criterio del registrador que parece inclinarse, aunque no lo dice expresamente, por entender que la legítima de Derecho Civil Vasco es una «pars valoris bonorum», los argumentos que cabe citar para defensa de la misma como una «pars valoris» son de variada índole:

a) El primero de carácter histórico, ya que la Ley de Derecho Civil Vasco tanto en su redacción final, como en los proyectos precedentes, se planteó en relación a la legítima, y por mor de una extensión del sistema sucesorio del Derecho Civil Vasco a todo el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco y a todos aquellos a quienes la Ley de Derecho Civil Vasco atribuye la vecindad civil vasca «ope legis», el avanzar hacia una mayor libertad a la hora de testar, trasunto de la libertad civil característica del Derecho vasco y entender que en ese avance cabía realizar dos ajustes importantes: uno, el relativo a la reducción de su cuantía, y la supresión de los ascendientes como legitimarios y el otro, relativo a la naturaleza de la legítima, considerada 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 herederos por cualquier título, tal como dispone el primer Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Vasco formulado por la Real Sociedad Vascongada de Amigos del País del año 2000. Con posterioridad, el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formulado el año 2005 por la Academia Vasca de Derecho y completado más tarde con

la aquiescencia del Ilustre Colegio de Abogados de Vicaya, del Ilustre Colegio de Notarios del País Vasco y la Delegación Territorial del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles en el País Vasco, insistía en esta concepción de la legítima.

b) Al argumento histórico, hay que añadir el argumento gramatical, puesto que el artículo 48.1 de la Ley de Derecho Civil Vasco, señala claramente que la legítima es una cuota, un valor económico que se calcula sobre la herencia, pero no necesariamente una cuota sobre los bienes de la herencia, sino una cuota que se concreta en un valor económico y que, por lo tanto, no da más derecho al legitimario no apartado que a recibir dicho valor económico, que, en el mejor de los casos, será un derecho de crédito como tal.

c) Lo que además confirma, desde una perspectiva lógica y sistemática de interpretación, el propio artículo 48.1 de la Ley de Derecho Civil Vasco, que señala que la legítima puede atribuirse a título de herencia, legado, donación o de otro modo, subrayando así la naturaleza de la legítima como una «pars valoris», carácter que, de nuevo, ratifica el artículo 51.3 de la Ley de Derecho Civil Vasco, al señalar que el heredero apartado conserva sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione la legítima colectiva, esto es, que, en el caso de que efectivamente el testador haya dispuesto de los bienes a favor de quien no es legitimario será cuando los legitimarios puedan pedir hasta el valor de un tercio de la herencia, lo que, en este caso no ocurre ya que la causante, con arreglo a la ley aplicable a su sucesión, podía perfectamente disponer por legado a favor del legitimario de ese bien de la herencia, con apartamiento de los demás legitimarios, apartamiento que en este supuesto es tácito y que produce los mismos efectos que el expreso.

No cabe por lo tanto argumentar, como establece la calificación del registrador que al ser una posible legítima «pars bonorum» sea necesario el consentimiento de los demás legitimarios para poder tomar posesión del legado. Muy al contrario, la naturaleza jurídica de la legítima, la posibilidad del apartamiento tácito y el hecho de que en el Derecho Civil Vasco no haya legitimarios individuales con derecho también concreto e individual, hasta el momento en el que a través del mecanismo del apartamiento expreso o tácito se determine quienes son los legitimarios finales, hace que en ningún caso pueda afirmarse que la virtualidad del artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario, impida a la legataria de la escritura cuya calificación se recurre, tomar posesión por sí sola del legado, cuando ella misma es legitimaria en la sucesión de la causante, y sin que ello, en ningún caso pueda generar perjuicio alguno, a los demás legitimarios, que, en todo caso, tendrán que estar a resultas de las demás disposiciones establecidas por la causante.

Además este legado establecido por la causante es un legado de cosa cierta a favor de un descendiente legitimario, y que, por lo tanto, mediante la aplicación con carácter supletorio del Código Civil, ex artículo 3.1 de la Ley de Derecho Civil Vasco tiene carácter prevalente, de conformidad con lo establecido en el artículo 887 de dicho Código, en cuanto al orden de preferencia entre los legados instituidos, al tratarse de un legado de cosa cierta y determinada, que forma parte del caudal hereditario dejado por la causante.

La nueva Ley de Derecho Civil Vasco establece además en su regulación un sistema de responsabilidad por las deudas de la herencia limitada al valor de los bienes heredados en el momento de la delación, con un derecho de separación para los acreedores hereditarios y los legatarios (artículo 21.3 de la Ley de Derecho Civil Vasco), lo que confirma, una vez más, la característica de la sucesión a título particular en concepto de legado, con una limitación de la responsabilidad evidente, y con un derecho de los legatarios para asegurar el cumplimiento de los legados.

Por si esto fuera poco, los artículos 19 y 20 de la Ley de Derecho Civil Vasco se refieren a la sucesión universal o particular, haciendo constar el artículo 19.3 de la Ley de Derecho Civil Vasco que el sucesor a título particular o legatario puede hacer valer su derecho contra los herederos universales para exigir la entrega o pago del legado, lo que, una vez más ratifica el carácter autónomo de la actuación del legatario para la toma de posesión de su legado, para lo cual ha sido autorizado expresamente por la testadora y, por otra parte, en los casos en los que dicho legado fuera superior a tres cuartas

partes de la herencia en valor (de nuevo se habla de valor no de bienes), es tenido el legatario como heredero universal.

En definitiva, el legatario como tal, instituido a título particular, con apartamiento tácito de los demás llamados a la herencia y que además tiene el carácter de legitimario del causante, y se halla autorizado por éste para tomar posesión del legado, en ningún caso perjudica legítima alguna en la sucesión del causante, y, por lo tanto, no requiere de actuación alguna de los demás posibles legitimarios o incluso herederos, en el ámbito de la Ley de Derecho Civil Vasco, para tomar posesión del legado e incluso inscribirlo en el Registro de la Propiedad.

Dicho lo anterior, es palmario que la Ley de Derecho Civil Vasco configura al legitimario como un simple acreedor de la herencia, por cuanto que ni siquiera el propio legitimario puede ser considerado como tal, o como sucesor forzoso hasta que, a través del mecanismo del apartamiento se singularice dicha legítima colectiva, en una legítima individual de mayor o menor valor o incluso en la carencia de la misma.

No es óbice para lo anterior el hecho de que vgr. el comisario no pueda designar sucesores a otras personas, o que algún legitimario con plena capacidad de obrar haya de ser llamado a consentir los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho (ex. artículo 43.5 de la Ley de Derecho Civil Vasco). Todo lo contrario, es el carácter de legítima colectiva y libertad civil por parte del causante el que determina que cualquier legitimario (sin necesidad de que sean todos los legitimarios, lo que sería preciso según el hilo discursivo de la calificación recurrida) aunque ni siquiera haya sido elegido sucesor definitivo sea suficiente para prestar su consentimiento al acto de disposición en cuestión que, no se olvide, está sujeto a un criterio de subrogación real de lo obtenido como contraprestación para poder defenderlo de alteraciones de valor arbitrarias por parte del comisario. Lo que demuestra bien a las claras el carácter de «pars valoris» de la legítima en la Ley de Derecho Civil Vasco.

La calificación recurrida se centra en los artículos 56 y 57 de la Ley de Derecho Civil Vasco para defender la intangibilidad cuantitativa de la legítima de los hijos y descendientes y se nos dice que sería difícilmente defendible su redacción si éstos últimos merecieran la calificación de meros acreedores. De nuevo se incurre en una ausencia de conceptualización adecuada de la legítima civil vasca, puesto que esa intangibilidad se salva en favor de otros herederos forzosos y se deja, en todo caso, al arbitrio de la disposición expresa del causante, en el juego de la libertad civil característica del Derecho Civil Vasco. No es que un legitimario individual tenga una legítima intangible, sino que lo que es objeto de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa es la legítima colectiva, dentro de la cual la causante elige, por vía de legado, como ha sucedido en este caso, al legitimario que más le interesa, con apartamiento tácito de los demás legitimarios, y sin que éstos, aunque no existieran más bienes en la herencia, tuvieran posibilidad de reclamar nada.

Se vuelve por parte del Registrador en su calificación a insistir como prueba del carácter de la legítima como «pars valoris bonorum» en el texto del artículo 51.2 y.3 de la Ley de Derecho Civil Vasco, olvidándose de que la protección y las consecuencias a las que se anuda esa protección se refieren a la legítima colectiva y no a la legítima individualizada por medio del apartamiento. La prueba evidente radica en la simple lectura de los dos apartados, ya que se habla de la preterición de todos los herederos forzosos, y, en el caso de disposición a favor de terceros no legitimarios vulnerando la legítima colectiva, el propio artículo se refiere a los derechos del heredero forzoso, elegido a través del apartamiento, para reclamar, en su caso, su legítima, o, si no ha tenido lugar apartamiento, para reclamar esa legítima colectiva, de valor económico, de la que el reclamante puede ser o no ser destinatario final.

Continúa el registrador fijándose en el artículo 60 de la Ley de Derecho Civil Vasco en apoyo de sus tesis, al señalar el «numerus clausus» de procedimientos para fijar la valoración de los bienes para determinar la legítima en el caso de que existiese poder testatorio. De nuevo se olvida la calificación recurrida de algo que es fundamental en

este caso ya que una cosa es el cálculo del valor de la legítima y otra es que esa legítima, pueda ser entregada por cualquier título, tal como se ha expuesto, y pueda ser atribuida a uno o varios de los legitimarios, con apartamiento de los demás. El establecimiento del valor de los bienes para fijar la legítima por el comisario con los sucesores presuntos, no es un reconocimiento a estos sucesores presuntos como titulares individuales de derechos legitimarios. Muy al contrario, se trata de fijar con ellos, en la mayor parte de los casos, el límite cuantitativo que corresponde a los legitimarios en la herencia del causante, limite dentro del cual el comisario tendrá libertad para actuar y disponer entre los legitimarios a través del título sucesorio que considere más conveniente, incluido el legado, objeto de este caso, y sin perjudicar en ningún caso, los derechos de los demás legitimarios, que no verán concretados dichos derechos hasta el momento en el que se produzca la designación por el comisario mediante el correspondiente apartamiento expreso o tácito. De ahí las múltiples alusiones al concepto de sucesores presuntos de la Ley de Derecho Civil Vasco, que incluye dentro de ellos a los legitimarios, pero siempre pendientes de que el causante o el comisario en su representación, designe quienes son los titulares finales de estos bienes, y siempre con el límite cuantitativo del valor de la legítima, para no frustrar las expectativas del legítimo o legitimarios que sean escogidos por el mecanismo del apartamiento.

En suma y como conclusión, entiende el notario recurrente que la escritura de manifestación y aceptación de legado autorizada bajo su fe con fecha 10 de octubre de 2018, número 1665 de protocolo, es inscribible puesto que supone la designación a favor de un legítimo a título particular por parte de un causante sujeto en su sucesión a Derecho Civil Vasco, con el correspondiente apartamiento tácito, sin que ello suponga perjuicio alguno ni necesidad de consentimiento alguno de los demás legitimarios a quienes, en ningún caso afecta, puesto que carecen de derechos sucesorios en relación a esta disposición que constituye en sí una disposición a título particular perfectamente válida dentro del sistema del Derecho Civil Vasco, que se aplicable a la causante por razón de su vecindad civil en el momento de su fallecimiento.

V

Mediante escrito, de fecha 11 de abril de 2019, el registrador de la propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este centro directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9.8, 16.1, 806, 831, 885 y 887 y la disposición transitoria duodécima del Código Civil; la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; la Exposición de Motivos, los artículos 3, 9, 19, 20, 21, 30, 33,43, 46, 48 y 51, 56 al 60 y 89 y siguientes, y las disposiciones transitorias primera y séptima de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; los artículos 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; 479 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; 243 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; 81 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 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, 28 de marzo, 5 de abril y 2 de agosto de 2016, 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, 29 de noviembre y 20 de diciembre de 2018.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de manifestación y aceptación de legado en la que concurren las circunstancias siguientes: la causante, aforada vasca, falleció el día 19 de junio de 2018 en estado de viuda y dejando seis hijos; en su último testamento, de fecha 6 de junio de 2013, dispuso lo

siguiente: «Ordena los siguientes legados, de las participaciones que correspondan a la testadora en los inmuebles que se expresan a continuación, facultando a cada uno de los legatarios a tomar por sí mismo de lo legado: (...) c) A su hija J. M. Z.: (...) - el pleno dominio de la vivienda sita en la calle (...) en Bilbao (...)» y en el resto de sus bienes instituye herederos a sus seis hijos sustituidos por sus descendientes; en la escritura, la legataria, única compareciente, acepta y se adjudica el pleno dominio de la finca inventariada.

El registrador señala, además de otro, como defecto único que se recurre, el siguiente: que debe acreditarse en documento público, el consentimiento de los otros cinco hijos de la causante al contenido de la escritura pública calificada, para lo que motiva su calificación como se expondrá, sobre la base de que la legítima foral vasca es de naturaleza «pars bonorum».

El notario recurrente alega, como se desarrollará, que no es necesaria la intervención de los legitimarios dado que la naturaleza de la legítima foral vasca es de una «pars valoris».

2. En primer lugar, coinciden registrador y notario recurrente en la aplicación de la legislación vasca, y este Centro Directivo, en las Resoluciones de 12 de junio y 12 de julio de 2017, ha afirmado lo siguiente en cuanto a los efectos de esta aplicación: «(...) hay un primer conflicto de derecho intertemporal que se plantea porque en una misma región de Derecho Foral coexisten en una materia el Código Civil y la Legislación Foral civil. Y un segundo conflicto de derecho interregional consistente en que una misma persona ha ostentado en el transcurso del tiempo durante diferentes períodos de su vida dos vecindades civiles: común y vasca. Para la resolución de ambas cuestiones hay que recordar en primer lugar el artículo 9 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco dice: «Normas de conflicto: 1. Corresponde al Parlamento Vasco la delimitación del ámbito territorial de vigencia de la ley civil vasca y, en su caso, las normas de resolución de conflictos internos de leyes, en cuanto subsista dentro del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco la pluralidad legislativa. 2. A falta de normas especiales, los conflictos de leyes a los que dé lugar la coexistencia de varios ordenamientos jurídicos se resolverán de acuerdo con las normas de carácter general dictadas por el Estado, atendiendo a la naturaleza de las respectivas instituciones». En este sentido, el artículo 3 de la Ley 5/2015, dice: «El derecho supletorio 1. En defecto de ley o de costumbre Foral aplicable, regirá como supletorio el Código Civil y las demás disposiciones generales». Y la disposición transitoria primera de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco dice que: «Disposición transitoria primera. Conflictos intertemporales. Los conflictos intertemporales entre esta ley y las que deroga se resolverán aplicando las disposiciones transitorias preliminar, 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a y 12.^a del Código Civil». Por lo tanto, debemos acudir al Código Civil para la solución de los dos conflictos indicados. 3. En cuanto al conflicto de derecho intertemporal, siendo aplicable el Código Civil este cuerpo legal hace alusión a los conflictos intertemporales respecto de las herencias en los siguientes preceptos: En la Exposición de Motivos del texto originario del Código Civil en la que recoge el espíritu: «Algo de excepcional ofrece también la regla 12.^a, la cual, después de prescribir que los derechos a la herencia de los fallecidos, con testamento o sin él, antes de estar en vigor el Código, se rijan por la legislación anterior, y que la de los fallecidos después se reparta y adjudique con arreglo a aquél, dispone que se respeten las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía si de otro modo no se pudiese dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según la nueva ley. La legislación anterior no reconocía porción legítima a los cónyuges ni a los hijos naturales, como lo hace la vigente, ni permitía al padre disponer libremente del tercio de su haber. El que hizo testamento válido bajo el régimen de aquella legislación, no pudo disponer, teniendo hijos, más que del quinto de sus bienes, ni mejorar a cualquiera de aquéllos en más del tercio de éstos. Pero si murió después, rigiendo el Código, como por razón del tiempo en que ha ocurrido su muerte resultará aumentada la parte disponible del testador y reducida por tanto la legítima y acrecentadas en su caso las mejoras, el testamento habrá de cumplirse reduciendo o

aumentando las porciones hereditarias si así fuere necesario, para que todos los partícipes forzosos en la herencia, según el nuevo derecho, reciban lo que les corresponda conforme al mismo». Así, en ese sentido, la disposición transitoria preliminar duodécima de dicho Código Civil dice: «Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código, pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados: pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código». Por último, la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modificaron varios artículos del Código Civil, entre ellos el 814 se dice que: «Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación». De todo esto se deduce que tanto en la redacción originaria como en las modificaciones del Código Civil, rige el principio de que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor una ley se rigen por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación y que en consecuencia el sistema de legítimas aplicable será el correspondiente a la nueva legislación pero siempre respetando en la medida de lo posible las disposiciones testamentarias que son la esencia que rige la sucesión, esto es, el imperio de la voluntad del causante. Referidos a la sucesión objeto de este expediente, recoge el número 4 del artículo 48 de Derecho Civil Vasco, que: «La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento». Por otro lado, el número 2 del artículo 48 del mismo texto legal, establece que: «El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita» (...) 4. En cuanto a la segunda de las cuestiones previas se refiere, como ya se ha dicho también subyace en esta herencia un conflicto de derecho interregional: el testamento está otorgado bajo la normativa del Código Civil por un testador que en el momento de su otorgamiento tenía vecindad civil común pero que en el momento de su fallecimiento, por modificación de la ley, tiene vecindad civil foral vasca. De nuevo, por envío de la norma vasca tenemos que remitirnos al Código Civil como derecho supletorio, cuyo artículo 16 dice que: «1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades (...)», y dentro del citado capítulo IV el artículo 9.8 recoge lo siguiente: «La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes». De lo cual resulta que aplicado dicho artículo a los conflictos de derecho interregional, la sucesión se rige por la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento, que ha sido la vasca, si bien el testamento otorgado bajo la vigencia de la vecindad civil común es válido pero las legítimas se ajustan a la vecindad civil vasca que es la que rige la sucesión. De ahí que sea aplicable como se ha dicho antes el artículo 48 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, que en su número 2 dice: «El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita».

Centrados en este expediente, la causante ostentaba vecindad civil foral vasca al tiempo de su fallecimiento, y como determina la disposición transitoria séptima de la Ley 5/2015, de 25 de junio, la vecindad civil foral vasca se entenderá automáticamente adquirida por todos los vecinos de la Comunidad Autónoma del País Vasco desde la

entrada en vigor de esta ley, por lo que la sucesión de este expediente se regulará conforme la legislación civil foral vasca. Así pues, de la aplicación de los artículos 3 y 9 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil vasco, de las disposiciones transitorias primera y séptima de dicha norma, de los artículos 9.8 y 16.1 del Código Civil, de la disposición transitoria duodécima de dicho texto legal y de la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, resulta que las sucesiones «mortis causa» abiertas después de la entrada en vigor de la Ley 5/2015, se rigen por la nueva legislación, todo ello con arreglo a la vecindad civil vasca de la causante al tiempo de su fallecimiento. En consecuencia, el sistema de legítimas aplicable será el reconocido por dicha ley, respetando en la medida de lo posible las disposiciones testamentarias otorgadas por aquella.

A efectos de este expediente, el efecto esencial resulta del artículo 48 de la Ley 5/2015, conforme el cual, el causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de firma expresa o tácita.

3. En segundo lugar, hay que recordar -en lo que coinciden también el registrador y el notario recurrente- que, en las sucesiones de derecho común, existe la necesidad de intervención de los legitimarios en los distintos casos de entrega de la cosa legada. Así, como regla general, el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla -artículo 885 del Código Civil, aplicable también a la sucesión vasca con carácter supletorio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 5/2015, de 25 de junio-. Pero existen excepciones a la regla general por ejemplo, que el prelegatario puede tomar posesión por sí mismo de la cosa legada, siempre que se trate de heredero único y en ausencia de legitimarios del causante (Resoluciones en los «Vistos»); el caso del artículo 81, letra a), del Reglamento Hipotecario, conforme el cual, puede practicarse la inscripción a favor del legatario de inmueble específicamente legado en virtud de escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios, si está facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada.

Centrados en el supuesto de este expediente, del testamento de la causante resulta que la legataria otorgante del título calificado está facultada expresamente por la testadora para tomar posesión por sí misma de la cosa legada, y se acredita la existencia de otros legitimarios de la causante. Y en este punto es en el que difieren el calificador y el recurrente: en la distinta naturaleza que dan a la legítima vasca, y dependiendo de la misma, los distintos efectos que como consecuencia de una u otra naturaleza se pueden producir.

4. El registrador entiende que, la legítima vasca es de naturaleza «pars bonorum» o «pars hereditatis», es decir, que los legitimarios tienen derecho a una cuota de la herencia, y en consecuencia deben consentir la manifestación del legado otorgada por el legatario expresamente facultado para ocupar por sí mismo el bien legado.

Efectivamente, hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo (vid. «Vistos») según la cual, 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 legatario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico. De ahí que, en Derecho civil común, se imponga la intervención del legatario 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 legatario, para preservar la intangibilidad de su legítima. Se añade a esto, que la misma doctrina ha afirmado que los legados, cualquiera que sea su naturaleza, están subordinados al pago de las deudas y, cuando existen herederos forzosos, al pago de las legítimas. La dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de la masa hereditaria, y, por tanto, a los acreedores, así como, en su caso, a los legitimarios.

Por otra parte, como motiva el registrador en su calificación, ha afirmado la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resoluciones de 16 de marzo y 9 de junio de 2017), que la exigencia de que no existan legitimarios impuesta por el apartado a) del artículo 81 del Reglamento Hipotecario respecto de la inscripción de la escritura de manifestación del legado otorgada por el legatario a quien el testador ha autorizado para ocupar la cosa legada por sí mismo, no puede entenderse referida al legitimario «pars valoris», habida cuenta de la naturaleza de esta legítima, y únicamente confiere el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que este puede atribuirles por cualquier título, de suerte que el legitimario es un simple acreedor del heredero (como sucede, por ejemplo, en el vigente derecho civil de Cataluña y Galicia).

Nos queda la aplicación del artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario a las legítimas «pars valoris bonorum», esto es, que pueden ser satisfechas con bienes extrahereditarios pero con afección de todos los bienes de la herencia a su pago. En este punto, como recuerda el registrador en su nota de calificación, aunque este Centro Directivo no se ha pronunciado expresamente, si lo ha tratado en la Resolución de 2 de agosto de 2016, en la que afirma que «(...) cuando la legítima es "pars hereditatis", "pars bonorum" o "pars valoris bonorum", el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, puede interponer el juicio de testamentaria y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere ejecutado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador partidor. Además, mientras no se satisfagan las legítimas todos los bienes de la herencia están afectos al pago de las mismas (artículo 806 del Código Civil). Junto a la posibilidad de promover el juicio de testamentaria y la intervención en los actos particionales, el legitimario dispone de las acciones correspondientes para pedir el suplemento de legítima, la declaración de ser injusta la desheredación o la acción de preterición errónea o intencional. Pero cuando la legítima es un simple derecho de crédito frente a la herencia ("pars valoris"), el legitimario puede ver burlados sus derechos sobre los inmuebles relictos por el juego de la fe pública y el nacimiento de terceros. Cuando para inscribir los bienes a nombre del heredero o legatario se precisa el consentimiento de los legitimarios, tienen éstos garantía suficiente, pero cuando el heredero puede satisfacer las legítimas en metálico o bienes no inmuebles, más propiamente bienes no registrables, es fácil obviar el asentimiento legitimario en materia inmobiliaria. Cuando la legítima es concebida como una "pars valoris" entonces adquiere una naturaleza distinta, ya que a través de una facultad concedida por la ley o por el legislador se convierte en la obligación de satisfacerla y adopta con ello el tipo de una obligación facultativa. Se convierte así la legítima en un crédito del legitimario frente al heredero, y de ahí que sea necesario el principio de publicidad para garantizar el posible pago de lo que la ley le reserva (...)».

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 atribuyan 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.

En consecuencia, entiende el registrador que la legítima vasca de los descendientes es una «pars bonorum», o cuando menos, una «pars valoris bonorum», y, por lo tanto, será necesaria la concurrencia de los legitimarios para la entrega y adquisición de la cosa legada.

5. El notario recurrente, parte de la consideración de que la legítima vasca es una legítima colectiva de libre disposición por el testador; que existe el mecanismo del apartamiento que puede ser expreso o tácito, (artículo 48.3 de la Ley 15/2015), de manera que la omisión del apartamiento equivale al tácito y que el causante de conformidad con el artículo 48.2, está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita, llegando al extremo, (en el apartado 48.4) de establecer una regulación completamente diferente de la preterición, sin conferir derecho alguno al preterido no intencionalmente, al determinar que la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento.

Este Centro Directivo en Resolución de 20 de diciembre de 2018, ha afirmado, «(...) el artículo 48 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco establece lo siguiente: "El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita", y en el artículo 49 dispone que: "La cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario". De la interpretación conjunta de ambos preceptos, se deduce que la legítima "estricta" en el sentido del Derecho común ha desaparecido, existiendo una legítima amplia global o colectiva, tal como ocurre en el derecho foral de Aragón, y tal como existía antes en el Fuero de Vizcaya, en el que la cuantía era de cuatro quintas partes de la herencia. En consecuencia, la norma vasca no atribuye derecho mínimo alguno al descendiente que no haya sido llamado en cuantía cierta y determinada (...) Todo esto, siempre que haya sido designado como heredero otro hijo o descendiente en la herencia (...) por lo que se ha de concluir en que la otra hija está excluida de la herencia (...) Por otra parte, como ha afirmado este Centro Directivo en la citada Resolución de 12 de junio de 2017, "no se trata de un problema de interpretación de un testamento sino de aplicación de la Ley. A este respecto, la evolución del Derecho Foral de Vizcaya, antecedente indiscutido en la regulación actual del Derecho Civil Vasco, ha sido clara: la Compilación de 30 de julio de 1959 admitía el apartamiento expreso o tácito, pero exigía que constara claramente la voluntad del testador de apartar de su herencia a descendientes (artículo 23). Posteriormente, la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, mantuvo la misma doctrina y reguló los efectos de la preterición no intencional, dando derecho al preterido a "una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido" (artículo 54). Y la Ley 5/2015, de 25 de junio, actualmente vigente es clara; no exige que conste la voluntad expresa de apartar, y equipara al apartamiento la preterición, intencional o no". En consecuencia, con una aplicación literal de la ley vasca, habiendo sido reducido uno de los descendientes a la legítima estricta que por ley le corresponda, y no habiéndola conforme la nueva legislación vasca, se debe entender apartado de la herencia».

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.

Para sostener el carácter de «pars valoris» de la legítima foral vasca, el notario recurrente alega el carácter histórico de la legítima vasca como valor económico de la herencia; la interpretación lógica y sistemática, que en el artículo 48 de la Ley 5/2015, conceptúa la legítima como una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico; que la legítima puede atribuirse a título de herencia, legado, donación o de otro modo, subrayando así la naturaleza de la legítima como una «pars valoris», siendo que el heredero apartado conserva sus derechos frente a terceros cuando se lesione la legítima colectiva, esto es, que, en el caso de que efectivamente el testador haya dispuesto de los bienes a favor de quien no es legitimario será cuando los legitimarios puedan pedir hasta el valor de un tercio de la herencia.

En definitiva, entiende el notario recurrente, que nada impide que la legataria pueda tomar posesión por sí sola del legado, cuando ella misma es legitimaria en la sucesión de la causante, y sin que ello, en ningún caso pueda generar perjuicio alguno a los demás legitimarios que, en todo caso, tendrán que estar a resultas de las demás disposiciones establecidas por la causante.

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.

Alega el recurrente, que por aplicación supletoria del artículo 887 del Código Civil, al tratarse de un legado de cosa cierta y determinada, debe considerarse preferente. Pues bien, precisamente el artículo 887 del Código Civil recoge una prelación de legados a los efectos de su reducción en el caso de no ser suficiente el caudal hereditario para cubrirlos, pero esto no significa que esté autorizado el legatario preferente para aplicar la prelación unilateralmente por sí mismo.

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. Siendo que, en el supuesto de este expediente, no ha sido instituido tal comisario, no estamos en esa situación, y por lo tanto no es el caso ni esto convierte la legítima en un derecho de crédito.

Señala el registrador que la regulación de la intangibilidad cualitativa de la legítima (artículos 56 y 57) no concilia con el pretendido carácter de derecho de crédito de la legítima, y alega de nuevo el recurrente que se trata de una protección de la legítima colectiva y que esa regulación de la intangibilidad de la legítima es absolutamente distinta de la de derecho común. Pues bien, lejos de lo que sostiene el recurrente, la regulación de la intangibilidad de la legítima en el Derecho vasco, presenta similitud con la del derecho civil común, aunque con las diferencias propias de la existencia del apartamiento, de manera que en caso de que el derecho del legitimario fuera un derecho de crédito, no sería precisa tal regulación. Así, los efectos de nulidad de disposiciones y de conservación de derechos frente a terceros, que señala la ley (artículo 51) para los casos de preterición de todos los herederos forzosos y lesión de la legítima colectiva en el caso de apartamiento total de herederos forzosos, no se concibe ni sería precisa en el caso de que la legítima fuera un derecho de crédito; igualmente ocurre con la intervención del sucesor presunto en la valoración de los bienes para fijar la legítima (artículo 60), que sería innecesaria en una «pars valoris».

Así, en el artículo 51.2 se establece que «la preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial». Pues bien, si la naturaleza de la legítima vasca fuera la de un derecho de crédito, en el caso de perjuicio de la misma, no llevaría aparejada la nulidad, sino la rescisión propia de las acciones por causa de la lesión de este tipo.

9. Alega el recurrente que la posibilidad del apartamiento tácito y la legítima colectiva, –o el hecho de que no haya legitimarios individuales– hace que no se pueda exigir la aplicación del artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario, ya que el mecanismo del apartamiento expreso o tácito determina que no se sepa hasta el final quienes serán los destinatarios de los bienes. Efectivamente, la distribución desigual que puede hacer el testador en virtud de la legítima colectiva, permite un amplio abanico de actuaciones, pero esto no significa que el llamado en menos haya sido apartado. Pues bien, siendo que, en el supuesto de este expediente, han sido instituidos todos los hijos como herederos, además de legatarios, no se les puede considerar como apartados ni expresa ni tácitamente, por lo que parece necesaria su intervención a los efectos de determinar al menos el activo y pasivo del inventario, aun cuando desde un punto de vista individual, resulte un resultado exiguo para el legitimario no apartado.

También alega el recurrente que, los artículos 19 y 20 de la Ley 5/2015, referidos a la sucesión universal o particular, determinan que el sucesor a título particular puede hacer valer su derecho contra los herederos universales para exigir la entrega o pago del legado, lo que a su juicio ratifica el carácter autónomo de la actuación del legatario. Pues bien, la acción que le concede este precepto para hacer valer su derecho, lo es precisamente, porque no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada.

Así pues, recapitulando, la legítima foral vasca es colectiva, cabe el apartamiento de los legitimarios tanto de forma expresa como tácita, pero esto no significa, que el legitimario no apartado 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». En consecuencia, en este expediente, al existir legitimarios, implica la necesaria intervención de los mismos, ya que no se cumplen todas las exigencias del caso del artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario –la inscripción a favor del legatario de inmueble específicamente legado en virtud de escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios, si está facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada–.

En el concreto supuesto de este expediente, del testamento de la causante resulta que la legataria otorgante del título calificado está facultada expresamente por la testadora para tomar posesión por sí misma de la cosa legada, y se acredita la existencia de otros legitimarios de la causante, que no han sido apartados ni expresa ni tácitamente –ya que han sido instituidos como herederos–, por lo que se hace necesaria la intervención de los mismos en la entrega del legado.

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 julio de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.