



Sr. D. Francisco Javier Oñate Cuadros
Notario
Avda. de Francia nº 2 – entlo.
20012 San Sebastián (Guipúzcoa)

En el recurso interpuesto por don Francisco Javier Oñate Cuadros, notario de San Sebastián, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de San Sebastián número 6, doña Amalia María de Lourdes Machimbarrena Irazusta, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el día 8 de mayo de 2019 por el notario de San Sebastián, don Francisco Javier Oñate Cuadros, se otorgó la aceptación y adjudicación de la herencia de don J. J. G. R., fallecido el día 24 de enero de 2019 y bajo vecindad civil foral vasca, dejando viuda -doña A. M. I.- y dos hijos de su matrimonio -doña A. y don M. G. M.-. Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento ante el mismo notario, de fecha 15 de septiembre de 2014, en el que en la cláusula primera, legaba a su esposa el usufructo universal y vitalicio de todos los bienes de la herencia, sometido a cautela «Socini», y en el último párrafo de la misma constaba lo siguiente: «Si alguno de los legitimarios no aceptase este legado les lega su legítima estricta y si todos lo rechazasen, les lega su legítima e instituye heredera a su citada cónyuge»; además, establecía lo siguiente: «Segunda.- Concede a su cónyuge, mientras permanezca viuda y no conviva maritalmente con otra persona, la facultad vitalicia de mejorar y distribuir la herencia entre los descendientes comunes durante toda su vida, sin perjuicio de las legítimas, mejoras y demás disposiciones del causante. Tercera. -



Para el caso de que la viuda no hiciera uso de la facultad contenida en la cláusula segunda, instituye herederos por iguales partes a sus dos citados hijos y los sustituye por sus respectivas estirpes, para los casos de premoriencia o incapacidad para heredar».

En la citada escritura, intervinieron exclusivamente la viuda y el hijo don M. G. M., y se otorgaba lo siguiente: inventario completo de todos los bienes privativos y gananciales del causante; aceptación del legado de usufructo y de la condición de fiduciaria de la viuda; designación por la viuda, en virtud del artículo 48.2 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y del artículo 831 del Código Civil, de legitimario de su difunto esposo, a su hijo don M. G. M.; don M. G. M. hizo «rechazo del legado de usufructo universal efectuado a favor de su madre», y «en consecuencia, conforme el último párrafo de la cláusula primera del testamento, doña A. M. I. resulta heredera universal de su esposo, sin perjuicio del derecho que corresponde a su hijo a recibir bienes por valor de su cuota legitimaria que es el tercio de esta (...)»; por último se hacían a los dos diversas adjudicaciones, de manera que quedaba pendiente de pago a don M. G. G. cierta cantidad hasta completar la legítima, la cual sería abonada por la fiduciaria en el momento que considerase oportuno, de acuerdo con el artículo 48.2 de la Ley 5/2015, lo que el legitimario aceptaba.

II

Presentada el día 22 de mayo de 2019 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de San Sebastián número 6, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Hechos:

A las diez horas y treinta minutos del día 22 de mayo de 2019, fue presentada copia autorizada del documento de referencia, que causó el asiento de presentación 1444 del Diario 52.

Por el presente documento, se adjudica la herencia de Don J. J. G. R., interviniendo en la escritura su esposa, Doña A. M. I., y uno de sus hijos, Don M. G. M.; no interviniendo su otra hija, Doña A. G. M., a quien nombró en el testamento otorgado el día 15 de septiembre de 2014 ante Don Francisco Javier Oñate Cuadros, nº 1495 de Protocolo.



El Registrador que suscribe, en base al principio de calificación registral que dimana del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y en el ejercicio de las funciones que legalmente tienen conferidas los Registradores en cuanto al control de legalidad de los documentos que acceden al Registro de la Propiedad, acuerda suspender la inscripción, del documento, teniendo en cuenta las consideraciones jurídicas que resultan de los siguientes

Fundamentos de Derecho:

En el testamento del causante se concede a la viuda la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil, facultad que, aunque concedida en testamento anterior, ha de considerarse vigente, a tenor de la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV).

Ciertamente, la sucesión ha de regirse por dicha Ley vasca al tratarse de causante de vecindad civil vasca fallecido con posterioridad al 3 de octubre de 2015 y, como se ha dicho, ha de considerarse vigente la facultad de mejorar concedida en virtud del artículo 831 del Código civil. Sin embargo, dicha facultad de mejorar no comprende la de apartar, apartamiento que no ordenó el causante y que solo podría haberse encomendado, en virtud de los artículos 30 y siguientes de la LDCV, tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015 (testamento por comisario y poder testatorio).

No habiéndose producido dicho apartamiento ni encomendado dicha facultad al cónyuge viudo, lo cual además no era posible antes de la vigencia de la Ley 5/2015, es precisa la comparecencia en la escritura calificada de la legitimaria, Doña A. G. M.

Por lo tanto, solo sería admisible la inscripción del título con la comparecencia de Doña A. G. M.

Contra la presente calificación registral (...)

San Sebastián, 11 de Julio de 2.019 La registradora (firma ilegible)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Francisco Javier Oñate Cuadros, notario de San Sebastián, interpuso recurso el día 19 de septiembre de 2019 en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:



Primero.- Previamente se alega por el recurrente, falta de motivación en la calificación jurídica de los documentos presentados, lo que debe exigirse también a las calificaciones negativas de los funcionarios encargados de su llevanza. Los ciudadanos y los usuarios del servicio público registral, tienen derecho a recibir y exigir calidad en la prestación de nuestras respectivas funciones públicas y particularmente, en la redacción de los documentos públicos respectivamente autorizados (en este caso, la nota de calificación desfavorable), incluyendo el cumplimiento de los plazos legalmente establecidos (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de julio de 2016).

Aunque según la Dirección General de los Registros y del Notariado, la falta de motivación suficiente de la calificación desfavorable del registrador no genera indefensión, dado que las partes legitimadas para ello son libres de argumentar como deseen y sin limitación alguna para alzarse frente a los defectos alegados por el registrador, esta afirmación sólo puede referirse a una situación de indefensión procedimental o procesal susceptible de generar una ausencia de tutela jurídica efectiva. Empero no puede servir para sortear el imprescindible respeto de las reglas del juego, del equilibrio de las partes en el procedimiento cuando una de ellas se ve obligada a reaccionar contra una calificación desfavorable insuficientemente argumentada mediante una completa batería de argumentos jurídicos que aunque el registrador no pueda contra argumentar -teóricamente, pues luego la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado puede venir en auxilio «in extremis» de la calificación- podrían frustrar toda réplica efectiva, dadas las restricciones impuestas por el Tribunal Supremo a la legitimación notarial para recurrir la resolución confirmatoria de la calificación negativa en vía judicial.

No deja de ser llamativo, por otra parte, que mientras que la desestimación del recurso impone al notario una rectificación de la escritura o un nuevo otorgamiento, todo ello a su costa, incluidas las posibles repercusiones fiscales, su estimación no impida en absoluto al registrador el cobro íntegro de sus honorarios, a pesar de que, inscribiendo conforme a lo resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo haga sin responsabilidad personal alguna.

Segundo.- Sobre la calificación desfavorable.



I.- Se alega un único defecto, basando el acuerdo de suspensión de la inscripción solicitada en que «es precisa la comparecencia en la escritura calificada de la legitimaria». Tal pretensión se sustenta, al parecer, en dos argumentos.

El primero de ellos se halla implícito en el epígrafe de los hechos, y expresa que es precisa la intervención en la adjudicación y partición hereditaria de la hija porque fue nombrada en el testamento. El segundo, en el epígrafe de fundamentos de Derecho, por el cual, en el testamento del causante se concede a la viuda la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil, facultad que, aunque concedida en testamento anterior, ha de considerarse vigente, a tenor de la disposición transitoria quinta de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; que ciertamente, la sucesión ha de regirse por dicha Ley vasca al tratarse de causante de vecindad civil vasca fallecido con posterioridad al 3 de octubre de 2015 y, como se ha dicho, ha de considerarse vigente la facultad de mejorar concedida en virtud del artículo 831 del Código Civil; que sin embargo, dicha facultad de mejorar no comprende la de apartar, apartamiento que no ordenó el causante y que solo podría haberse encomendado, en virtud de los artículos 30 y siguientes Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015 (testamento por comisario y poder testatorio); que no habiéndose producido dicho apartamiento ni encomendado dicha facultad al cónyuge viudo, lo cual además no era posible antes de la vigencia de la Ley 5/2015, es precisa la comparecencia en la escritura calificada de la legitimaria.

Parece deducirse de la nota que el parecer de la Registradora es que el consentimiento de la hija se exige porque las facultades de la fiduciaria se rigen por el artículo 831 del Código Civil que, a su vez, exige dicha comparecencia. Al parecer del notario que suscribe, ninguno de estos motivos permite sostener el defecto.

II.- El contenido de la disposición testamentaria. Para entrar en el análisis de la nota y rebatir sus manifestaciones, resulta insoslayable fijar los términos de la controversia, comenzando con la reseña literal de las cláusulas del testamento -que la registradora omite en su nota- en lo pertinente al presente recurso: «Segunda.- Concede a su cónyuge, mientras permanezca viuda y no conviva maritalmente con otra persona, la facultad vitalicia de mejorar y distribuir la herencia entre los descendientes comunes durante toda su vida, sin perjuicio de las legítimas, mejoras y demás disposiciones del causante. Tercera.- Para el caso de que la



viuda no hiciera uso de la facultad contenida en la cláusula segunda, instituye herederos por iguales partes a sus dos citados hijos y los sustituye por sus respectivas estirpes, para los casos de premoriencia o incapacidad para heredar». Es al tenor de las cláusulas del testamento interpretadas e integradas en su caso por la ley aplicable a la sucesión a lo que hay que atenerse para determinar o no la procedencia de lo exigido. Como la propia registradora reconoce en su nota de calificación desfavorable, la ley vasca vigente en el momento del fallecimiento del causante es la aplicable a su sucesión. Esta afirmación, como veremos, es un principio general aplicable también al ejercicio de las facultades fiduciarias -con matices muy importantes-, sin que la registradora explique el fundamento jurídico de su criterio contrario. ¿Quizás un reflejo involuntario de considerar aplicable al comisario los principios restrictivos aplicables a la representación voluntaria?

III.- Acerca de la necesidad de intervención de todos los legitimarios en la partición de la herencia. El primer obstáculo, planteado en último lugar en la nota recurrida, es la necesidad de comparecencia de los dos hijos. Lo formulamos en primer lugar porque en caso de ser insoslayable haría inútil toda discusión adicional. La pregunta que debe formularse y responderse es qué sentido tendría dicha comparecencia que, aunque la registradora no lo indique, sólo podría ser para consentir el contenido de la escritura y, por ende, la forma concreta en que la viuda ha ejercido sus facultades fiduciarias.

De las cláusulas testamentarias transcritas, sin que en lo omitido haya nada que modifique, condicione, limite o restrinja lo transcrito, se desprende con absoluta claridad que en el testamento no se « nombra » en sentido jurídico a ningún hijo. Es en la parte expositiva del testamento donde se les menciona. Matiz nada desdeñable cuando estamos hablando de un documento jurídico y más aún de un testamento notarial redactado conforme a las reglas imprescindibles de la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma (cfr. artículo del 148 Reglamento Notarial).

En sentido jurídico propio, el nombramiento de los hijos requiere que se haga en alguna calidad jurídica relevante: Sucesor del testador a título universal o particular; legitimario; a los efectos de desheredarlo; de atribuirle bienes en pago de legítima; de considerar pagada su legítima con atribuciones extratestamentarias, etc. La mera mención de un hijo en el testamento no produce otro efecto que el de excluir su preterición, con las consecuencias que



lleva aparejadas, pero sin atribuir per se cualidad jurídica ni derecho alguno en el testamento al mencionado, cuyos derechos, de existir, serán los que se deriven de las concretas disposiciones del testamento o de las disposiciones legales aplicables a la sucesión.

Este dato es fundamental, pues al no haber atribuido el testador a ninguno de sus hijos la condición de sucesores a título universal del causante -para adquirirla se requiere el ejercicio de la fiducia en tal sentido por el viudo o su extinción sin haber ejercitado sus facultades en el plazo concedido por el testador (toda la vida de la fiduciaria)-, su intervención en la partición de la herencia sólo será imprescindible en la medida en que se den, cumulativamente las siguientes circunstancias: a) todos los hijos sean legitimarios; b) todos los legitimarios ostenten derechos de legítima de carácter individual; c) los derechos legitimarios individuales tengan la naturaleza jurídica de una «pars bonorum» o «pars hereditatis» frente a los demás legitimarios; d) tales derechos individuales gocen de una intangibilidad cualitativa respecto de los demás legitimarios y respecto de terceros, y e) se ejerza la fiducia instituyendo sucesor con carácter universal o se extingan las facultades conferidas a la fiduciaria. Bastará con que una sola de esas cualidades falte para que resulte innecesaria la presencia de los hijos nombrados según la nota de calificación.

Pues bien, no sólo falla uno, sino todos los requisitos indicados. Yerra gravemente la nota al atribuir implícitamente a la hija legitimaria no compareciente unos derechos que sólo forzosamente (como hace erróneamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019 [sic], que la registradora no cita pero que parece haber pesado decisivamente en su ánimo) le corresponderían conforme al Código Civil. No está de más recordar que mientras la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco es fuente del Derecho civil vasco, la del Tribunal Supremo sólo lo será en la medida en que el derecho común sea de aplicación directa, por remisión del derecho vasco o con carácter supletorio y en estos dos últimos casos, respetando los principios del derecho vasco y siempre con carácter dispositivo (artículos 1 a 4 de la Ley de Derecho Civil Vasco). La Dirección General de los Registros y del Notariado tiene una doctrina consolidada en el sentido de que los derechos sucesorios en general y los legitimarios en particular, se adquieren conforme a la ley que rija la sucesión en el momento de su apertura. En relación específica con la ley civil vasca aplican esta doctrina



las Resoluciones de 6 de octubre de 2016, 12 de junio, 12 de julio y 4 de diciembre de 2017 y 20 de diciembre de 2018.

En relación con la regulación de la legítima, son relevantes los siguientes preceptos de la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco: Artículo 4. «El principio...». Este precepto exige una interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad de testar y de disponer «mortis causa». Artículo 47. «Los legitimarios...(...)». Artículo 48. «La legítima (...)». Artículo 49. «Cuantía de la legítima (...)». Artículo 51. «Apartamiento y preterición de legitimarios (...)». Artículo 56. «Intangibilidad de la legítima (...)». Artículo 58. «Cálculo de la legítima (...)».

Por tanto, la legítima se configura en la ley vasca como una cuota “sobre”, no “de”, la herencia que corresponde de forma colectiva a la estirpe de descendientes del causante, como en el derecho vizcaíno tradicional y en el foral aragonés. Conforme a dicha configuración señala con rotundidad, la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 20 de diciembre de 2018. En el presente caso, la viuda fiduciaria-comisaria designa y nombra heredero de su difunto esposo a uno de sus hijos, respetando tanto el tenor del testamento como la regulación de las legítimas en la ley sucesoria. En definitiva: no habiendo sido los hijos nombrados en el sentido de haber sido instituidos, en forma universal o singular, en otro derecho que no sea el puramente expectante de herederos «sub conditione» del ejercicio de la fiducia en su favor o de la extinción de la fiducia sin haber sido ejercida en vida del fiduciario; siendo la legítima de naturaleza colectiva, operando su intangibilidad sólo frente a quienes no sean legitimarios; no atribuyendo la ley sucesoria a la condición de descendiente legitimario individual otra facultad que la de ejercer acciones frente a terceros en defensa de la legítima colectiva.

Resulta totalmente improcedente la exigencia de que todos los hijos consientan la forma de ejercicio de la fiducia por parte de la viuda. Como tampoco sería exigible, en el ámbito del Código Civil para la eficacia de la partición hecha por un comisario contador-partidor, ni tampoco -a pesar- de la Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019, que no crea jurisprudencia- para la eficacia de la fiducia encomendada al viudo conforme al artículo 831.3 del Código Civil, sin perjuicio de sus acciones de impugnación o rescisión de la partición. Así lo señala la mejor doctrina. Añádase en defensa de nuestra tesis que mientras que la Ley 5/2015 ha rebajado considerablemente la cuantía económica y la robustez jurídica



de la legítima de los descendientes, por el contrario, ha fortalecido considerablemente la del cónyuge viudo en ambos sentidos. En consecuencia, carecería de sentido una interpretación del Código Civil en perjuicio del viudo como consecuencia de la aplicación de una ley sucesoria que le favorece y robustece sus derechos.

IV- Ley aplicable a las facultades del fiduciario-comisario. Amparándose en la disposición transitoria quinta de la Ley de Derecho Civil Vasco, la nota incurre en una petición de principio: «ha de considerarse vigente la facultad de mejorar concedida en virtud del artículo 831 del Código Civil», que «dicha facultad de mejorar no comprende la de apartar» y que el «apartamiento que no ordenó el causante (...) solo podría haberse encomendado, en virtud de los artículos 30 y siguientes de la LDCV, tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015 (testamento por comisario y poder testatorio)». Pero en realidad lo que está diciendo es que en este punto «no ha de considerarse vigente la LDCV» y que ha de ser podado todo lo que destaque para que quepa en la cama de hierro del Código Civil, de manera que es necesario que todo cambie para que todo siga igual.

Ninguna de tales afirmaciones es conforme a derecho, como vamos a demostrar a continuación mediante un examen cuidadoso de las disposiciones transitorias de la Ley 5/2015 tercera, «Retroactividad de ciertas disposiciones de la ley: Lo establecido en el artículo 41 respecto al plazo para el ejercicio del poder testatorio, en el artículo 43, apartados 3, 4 y 5, respecto a las facultades del comisario administrador y representante del patrimonio y en el artículo 42 en cuanto a la posibilidad de ejercitar el poder en uno o varios actos u otorgamientos, será de aplicación retroactiva a los otorgados con anterioridad a esta ley»; cuarta, «Poderes testatorios anteriores a la entrada en vigor de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco (...) la designación de comisario a favor del cónyuge implicará la atribución del usufructo vitalicio, que no se extinguirá por el uso de dicho poder», y quinta: «Actos de disposición otorgados al amparo del artículo 831 del Código Civil y del artículo 13 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco. Serán válidos plenamente (...)».

Su lectura y examen conjunto permite apreciar su coherencia y los principios que inspiran la materia. La disposición transitoria tercera establece de forma expresa la aplicación de la nueva ley a los actos de disposición futuros del comisario-administrador conforme al



artículo 43.3, .4 y .5; la disposición transitoria cuarta aplica retroactivamente la nueva normativa protectora del viudo frente a los hijos al atribuir al comisario la condición de usufructuario conforme a la nueva legislación y la disposición transitoria quinta declara también retroactivamente la legalidad de los actos de disposición ya efectuados por un comisario o un fiduciario ex artículo 831 del Código Civil antes de la entrada en vigor de la Ley de Derecho Civil Vasco.

No se puede hacer decir a la disposición transitoria quinta lo que no dice. No se está refiriendo en absoluto a la extensión de las facultades del fiduciario en orden a la futura designación de sucesor ni al uso de su poder fiduciario testatorio sino a los actos de disposición otorgados con arreglo a los artículos 831 del Código Civil y 13 de la Ley 13/1992 con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, en su calidad de administrador y representante legal de la herencia. Mientras que la disposición transitoria tercera proyecta la ley hacia los actos de disposición futuros que haga el fiduciario-comisario en uso de facultades conferidas en un instrumento sucesorio anterior, la disposición transitoria quinta hace borrón y cuenta nueva y la aplica a los actos de disposición que ya haya realizado en el pasado.

En definitiva, las anómalas conclusiones atribuidas a la disposición transitoria quinta de la Ley de Derecho Civil Vasco carecen de todo fundamento. En el mismo sentido cabe recordar el régimen transitorio general aplicable al fenómeno sucesorio: disposición transitoria primera de la Ley de Derecho Civil Vasco: «Conflictos intertemporales (...)». Disposiciones transitorias del Código Civil: primera: «Se regirán por la legislación anterior (...)»; segunda: «Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, el Código, sino testando con arreglo al mismo (...)»; cuarta: «Las acciones y los derechos nacidos (...)»; duodécima: «Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código (...)». Del mismo criterio y espíritu participa el artículo 9.8 del Código Civil: «La sucesión por causa de muerte se regirá (...)».

No hay norma, fundamento legal ni motivo jurídico relevante para no aplicar los principios generales de la ley aplicable a la sucesión a los poderes testatorios o fiducias sucesorias. Con la salvedad de que, en caso de herencia pendiente de asignación por comisario o fiduciario, la herencia no se abre en el momento del fallecimiento del causante, sino en el del ejercicio de la fiducia o poder testatorio o de su extinción. Con claridad meridiana lo



establece la Ley de Derecho Civil Vasco: artículo 17: «Sucesión y delación. 1.-Los derechos y obligaciones (...) 2.- La delación se producirá (...)». La solución también es coherente también con la apuntada en el Reglamento UE 650/2012 de Sucesiones, artículos 23.2.f) y .j) y 29.2 respecto de los ejecutores testamentarios y de la partición de la herencia.

V.- Aplicación al fiduciario nombrado ex artículo 831 del Código Civil de la regulación del comisario en la Ley 5/2015. La aplicación a una fiducia sucesoria ordenada conforme al artículo 831 del Código Civil de las normas de la Ley 5/2015 del Derecho Civil Vasco suscita otro problema. ¿Son aplicables a aquélla sin más las disposiciones que la Ley de Derecho Civil Vasco relativas al comisario? ¿Es el fiduciario del Código Civil una institución de la misma naturaleza jurídica que el comisario de la Ley de Derecho Civil Vasco? Nótese que el Código Civil se prohíbe el testamento por comisario, pero llama comisario al contador-partidor.

El conflicto intertemporal planteado lleva implícito un conflicto de calificación que la nota elude por el radical expediente de aplicar la «lex testamentaria», sin consideración alguna de la «lex successionis», cristalizando o más bien, fosilizando y poniendo en riesgo su propia efectividad, ignorando el espíritu pro comisario de la ley, que se proyecta incluso a los actos dispositivos anteriores, la gran modificación del régimen legitimario y el refuerzo de los derechos del viudo frente a los hijos, frente al sistema del Código Civil.

El artículo 12.1 del Código Civil señala que «la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española» («rectius», ley aplicable a la materia). Pero el artículo 16.1 del Código Civil señala que «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: (...) 2º. No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público».

Pese a su tenor literal, los argumentos favorables para su aplicación al sistema de derecho interregional son unánimemente aceptados por la doctrina. La imposibilidad de que se puedan plantear conflictos de calificación en el sistema de derecho interregional español responde a un sistema político y una realidad jurídica unitaria y centralista superados, que



nada tienen que ver con la pluralidad política y legislativa actual, habiendo quedado el art. 16.1.2º del Código Civil obsoleto o si se quiere, derogado por la realidad.

Si no fuera posible plantear esa cuestión calificatoria, ¿cómo resolver los problemas derivados del vigente tenor de los artículos 9.4, .6 y .7 del Código Civil que remiten la solución de los conflictos internos en materia de filiación, de protección de menores y de alimentos a normas convencionales internacionales? ¿Cómo, a su vez, si no es recurriendo a la operación de calificación, cabría resolver las diferentes regulaciones materias contenidas en los diversos derechos civiles españoles, que coexisten en régimen de igualdad o paridad entre ellos y con el Derecho civil común?

La doctrina considera sin vacilación que la calificación de la naturaleza jurídica de una determinada institución conforme a la ley material aplicable también rige en los conflictos de leyes interregionales. Aparte de que en este caso más que ante un conflicto interregional -entre dos normas vigentes en el tiempo- estamos ante un problema de derecho transitorio, un conflicto intertemporal entre dos normas vigentes en diferentes momentos. Por tanto, será en el derecho civil vasco y no en el Código Civil -salvo en la medida en que resulte de aplicación como derecho supletorio- donde habremos de buscar la respuesta a nuestra pregunta.

La Ley de Derecho Civil Vasco equipara al fiduciario del artículo 831 del Código Civil con el comisario de la legislación vasca, tanto la tantas veces citada disposición transitoria quinta como el artículo 33 de la Ley de Derecho Civil Vasco en aspectos no precisamente menores. El relativo silencio del legislador vasco no puede interpretarse como un descuido, omisión o renuencia, sino como un ejercicio de prudencia o pudor en aras a evitar un choque con el gobierno central que acabara con la ley en el Tribunal Constitucional por posible invasión de la competencia estatal en materia de conflictos de leyes (artículo 149.1.8ª «in fine» de la Constitución Española).

Pero incluso si se predicara que son dos instituciones lo suficientemente diferenciadas como para no admitir su identidad esencial, la vis atractiva de la ley aplicable a la sucesión requeriría el uso de la técnica de la adaptación de la fiducia al derecho vasco. Dicha técnica no debería ser desconocida para notarios y registradores que, parafraseando los artículos 57 y 61 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil, deben adecuar al ordenamiento jurídico aplicable, el vasco en este caso, las instituciones jurídicas



desconocidas en dicho ordenamiento sustituyéndolas por otra u otras que tengan efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares.

En el caso de que se defendiera la distinta naturaleza jurídica de fiducia y poder testatorio -cosa verdaderamente difícil-, sería imposible negar que la institución del derecho civil vasco que produce efectos equivalentes y persigue finalidades e intereses similares a la fiducia sucesoria del Código Civil, es el poder testatorio. En definitiva, bien sea por la vía de la calificación de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil como un poder testatorio, bien sea por su adaptación a la regulación del poder testatorio, se llegaría a idéntico resultado.

VI.- Facultades del comisario de la Ley civil vasca.

Sentado que las facultades fiduciarias se regirán por el derecho aplicable a la sucesión vigente en el momento en que sean ejercidas, momento en el que se abre la sucesión respecto de los bienes y derechos afectados por la fiducia y no por el que estaba vigente en el momento del otorgamiento de la disposición testamentaria, procede analizar su regulación en la Ley de Derecho Civil Vasco: artículo 32 «Capacidad jurídica y ejercicio del poder testatorio (...»); artículo 33 «Límites del poder testatorio (...»); artículo 43 «Ejercicio del poder testatorio y cautelas en favor de terceros (...»); facultades a las que se añaden, por disponerlo el artículo. 33.1 de la Ley de Derecho Civil Vasco, las del artículo. 831 del Código Civil: «1. (...) podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento (...»». Y finalmente, todo lo anterior tiene un carácter puramente dispositivo, por cuanto el artículo 46 de la Ley de Derecho Civil Vasco, sobre la voluntad del testador como criterio de interpretación, establece que «la voluntad del testador prevalece siempre en la interpretación y aplicación de las normas de esta sección».

En definitiva, en el sistema civil vasco, el orden de fuentes que rigen el ejercicio del poder testatorio son, en primer lugar, la voluntad del testador; en segundo lugar, ante la ausencia de normas imperativas en cuanto al ejercicio del poder testatorio, las normas dispositivas del Derecho civil vasco contenidas en la Ley 5/2015 y por último, el derecho supletorio. De este sistema de fuentes resulta que las facultades del comisario serán, en general, todas las que hubieran correspondido al testador y, en particular, las que resulten del artículo 831 del Código Civil, salvo disposición en contrario del testador. Por tanto, el artículo



831 del Código Civil nunca podrá ser interpretado como restrictivo de las facultades del comisario, a falta de voluntad expresa del testador en tal sentido.

Y por encima de todo está la voluntad soberana del testador. La cláusula testamentaria está redactada en términos tan amplios y extensivos que parece imposible atribuirle otra voluntad que la de conferir a su cónyuge los máximos poderes que la ley sucesoria le permita en la ordenación de su sucesión. La mera concesión de la facultad fiduciaria, no demasiado frecuente en la práctica, debería ser concluyente al respecto.

Resta por último refutar la afirmación de la registradora, según la cual la facultad de «mejorar no comprende la de apartar, apartamiento que no ordenó el causante y que solo podría haberse encomendado, en virtud de los artículos 30 y siguientes de la LDCV, tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015 (testamento por comisario y poder testatorio)». La simple lectura de la cláusula segunda del testamento evidencia que no existe para el fiduciario otro límite en el ejercicio de su cargo que el que extrínsecamente pudiera establecer la ley aplicable a la sucesión, esto es, las «legítimas y mejoras» y demás disposiciones del causante (artículos 9.8 y 831 y disposición transitoria duodécima del Código Civil). De hecho, la cláusula testamentaria en ningún momento se está remitiendo al artículo 831 del Código Civil.

Además de la impropiedad de aplicar a la fiducia el régimen vigente en el momento de otorgar la disposición testamentaria y no en el momento de la apertura de la sucesión por su ejercicio, respecto de los bienes y derechos afectados, es evidente que la facultad de mejorar implica necesariamente la de empeorar. Y si la facultad de mejorar, además es completada con la de «distribuir libremente» el único límite cuantitativo para su ejercicio es el que establezca la ley sucesoria. Como reconoce la Registradora dicha ley es la vasca que, como hemos visto, permite tanto al testador como al comisario la mejora total de cualquier descendiente, con la inevitable contrapartida del apartamiento total de los legitimarios no mejorados. A mayor abundamiento, aunque la ley vasca exigiera requisitos formales específicos para el apartamiento, bastaría con que el fiduciario los cumpliera para su plena validez y eficacia. El artículo 33.1 de la Ley de Derecho Civil Vasco señala que el comisario tendrá todas las facultades que correspondan al testador según esta ley y el derecho supletorio. Ningún precepto de la Ley de Derecho Civil Vasco establece, que el comisario deba estar



específicamente autorizado para poder apartar legitimarios. Por el contrario, tal facultad es inherente al cargo del comisario, es una facultad natural, ínsita al poder testatorio, al igual que lo es para el testador.

La pretensión de que la facultad de apartar deba ser atribuida expresamente al comisario, sobre carecer por completo de toda base legal y olvidar que al mismo resultado se llegaría en el sistema del Código Civil en el caso de que el apartado hubiera recibido -o se le hubiera consignado- la legítima por otras vías, es absurda en un sistema en que la ley suprema de la sucesión por comisario es la voluntad del testador (artículo 46), la legítima es colectiva, el apartamiento puede ser presunto (pues su omisión equivale al apartamiento tácito) y la preterición sólo produce efectos cuando afecta a todos los legitimarios (artículos 33.2, 48 y 51 de la Ley de Derecho Civil Vasco). En definitiva, cumplidas las obligaciones impuestas por la legítima colectiva, que es lo actuado por la fiduciaria-comisaria en la escritura indebidamente cuestionada, sobra cualquier otro requisito en un sistema tan antiformalista en lo relativo a la forma del apartamiento como es el vasco.

Apreciar lo contrario conduciría a resultados absurdos y arbitrarios. ¿Cuál sería la cantidad mínima que habría de asignar el fiduciario-comisario al apartado? ¿Sería válido un ejercicio de la fiducia-poder testatorio en el que el viudo asignara al hijo al que pretendiera apartar cualquier cifra económica? ¿Qué habría ocurrido en caso de otorgarse la fiducia bajo el derecho navarro y se hubiese asignado a los legitimarios los tradicionales cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierras en montes comunales por inmuebles? ¿Qué si se hubiera hecho el apartamiento con la tradicional fórmula notarial de asignación de «un real de vellón, un palmo de tierra y una teja»? ¿Seguiría en tal caso exigiéndose el consentimiento del apartado?

Entender que el causante no pudo apartar en el momento de testar y, por tanto, no puede la comisaria hacerlo ahora, en contra del tenor literal de la cláusula testamentaria, que nada dice al respecto y de la ley sucesoria entraña una inadmisibile falta de respeto a la voluntad del testador. En efecto, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sentencia de casación número 2296/2018 -fuente del Derecho civil vasco, artículo 2.3 de la Ley de Derecho Civil Vasco- «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 [del CC] 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. (...) 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, (...) salvo en lo que a las legítimas se refiere».

VII- Vigencia del poder testatorio y del comisario en Guipúzcoa con anterioridad a la Ley 5/2015. Existe una última línea argumental que refuerza todavía más lo señalado y desmonta la afirmación de la registradora en el sentido de que el causante no pudo apartar legitimarios en su momento. Con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 5/2015, del Derecho Civil Vasco, la sucesión de los «guipuzcoanos» se regía no sólo por el Código Civil, sino también por la derogada Ley 3/1992, del Derecho Civil Foral del País Vasco en la redacción de la Ley 3/1999 relativa al Fuero Civil de Guipúzcoa. Dicha ley regía en todo el Territorio Histórico de Gipuzkoa (artículo 148) siendo guipuzcoanos a tales efectos «quienes hayan ganado vecindad civil en el territorio histórico de Guipúzcoa» (artículo 149), quedando restringido en principio su ámbito de aplicación funcional a la transmisión del caserío y sus pertenecidos.

El artículo 154 señalaba que «1. Si el causante dispusiere del caserío y sus pertenecidos en favor de alguno o, en proindivisión, en favor de algunos de los herederos forzosos mencionados en los dos primeros números del artículo 807 del Código civil, se entenderá que el beneficiario o beneficiarios suceden en él con exclusión de cualesquiera otras personas».

Según el artículo 157 «1. Si procediese la exclusión del valor del caserío y sus pertenecidos del cómputo legitimario, la atribución al beneficiario o beneficiarios quedará a salvo en todo caso de la reclamación del heredero forzoso que solicite el complemento de su legítima, de la del preterido y de la del injustamente desheredado. 2. Dicha atribución tampoco sufrirá afección de ningún género al pago en metálico de la legítima en los supuestos en que éste proceda a tenor de lo establecido en el Código civil».

Y el artículo 158: «1. Los descendientes y ascendientes que ostentaren la condición de herederos forzosos y que, como consecuencia de la exclusión del caserío y sus pertenecidos



del cómputo legitimario, quedaren en situación legal de pedir alimentos, podrán reclamárselos al beneficiario o beneficiarios de aquél, en proporción a cuanto éstos hubieren recibido del causante».

A su vez, los artículos 164 a 171 se ocupaban de «la sucesión por comisario».

El artículo 164 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco señalaba que: «1. El causante podrá encomendar a su cónyuge la designación de sucesor en el caserío y sus pertenecidos. Este encargo podrá comprender también el resto de su patrimonio». Añade el artículo 166: «1. El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido por el causante. 2. En otro caso, ostentará las mismas facultades, incluidas las opciones de este Fuero, que hubieran correspondido al causante. Sin embargo, el comisario no podrá revocar en todo o en parte el testamento de éste si no hubiere sido expresamente autorizado para ello».

Bastaba pues que cualquier causante con vecindad guipuzcoana fuera titular ¿o hubiera sido o lo hubiera sido en el futuro? de un caserío en Guipúzcoa para poder designar de entre sus descendientes legitimarios un único sucesor a título universal, así como nombrar un comisario con idénticas facultades, con el correspondiente apartamiento de los no instituidos. Y no sólo respecto del caserío, sino respecto de todo su patrimonio. De manera que la afirmación contraria de la Sra. Registradora no puede sostenerse en los términos generales en que está formulada.

La superposición de la regulación del artículo 831 del Código Civil y los artículos 164 y siguientes. de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, exige al intérprete un mínimo esfuerzo de coordinación entre ambas a los efectos de su interpretación y aplicación. Y con los limitados instrumentos de calificación de la registradora, a saber, los títulos presentados y los asientos del registro, no puede directamente considerar inaplicables urbi et orbe los preceptos transcritos, sin mayores precisiones. ¿Acaso debería acreditársele fehacientemente que el testador había sido, era, o con posterioridad fue, titular de un caserío en Guipúzcoa?

Tercero.- Conclusiones. En virtud de los hechos y fundamentos de derecho expuestos: Primera: Las facultades de ordenación sucesoria de la fiduciaria son las que se desprenden del testamento «mejorar y distribuir la herencia», más las que resulten de la Ley de Derecho Civil Vasco, más las resultantes del artículo 831 del Código Civil; Segunda: En el testamento no se indica en ningún momento que la atribución de las facultades fiduciarias se efectúe en



aplicación del artículo. 831 del Código Civil, el cual sólo es citado en la escritura de partición de herencia en cuanto a que la viuda ostenta las facultades atribuidas por dicho precepto por virtud de lo dispuesto en el artículo. 33 de la Ley de Derecho Civil Vasco, Tercera: La exigencia del consentimiento de la hija apartada (en general, de cualquier hijo) para la plena validez y eficacia del ejercicio de las facultades fiduciarias por parte de la viuda es improcedente. Ello se entiende sin perjuicio de sus acciones de defensa de la intangibilidad cualitativa de la legítima colectiva y de la libertad de cada legitimario de aceptar o rechazar - incluso parcialmente en pacto sucesorio, artículo. 100.2 de la Ley de Derecho Civil Vasco - lo que se le asigne por la fiduciaria, su caso.

IV

Mediante escrito, de fecha 25 de septiembre de 2019, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 33 de la Constitución; la Exposición de Motivos, los artículos 9, 16.1, 675, 806, 814, 831, 1056, 1061, 1062, 1074 y siguientes, 1261 y 1274 y las disposiciones transitorias del Código Civil; la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil; el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria; las disposiciones transitorias, en especial la primera y la séptima, la Exposición de Motivos y los artículos 3, 9, 17, 19, 20, 21, 30, 33, 43, 46, 47, 48, 49, 51, 56 al 60 y 89 y siguientes de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; el artículo 147 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1985, 26 de abril y 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001, 19 de diciembre de 2006, 31 de mayo de 2010 y 24 de mayo de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011, 20 de julio de 2012, 9 de julio, 8 de octubre y 12, 16, 17 y 20 de diciembre de 2013, 19 de marzo y 10 de junio de 2014, 2 de febrero y 19 de octubre de 2015, 12 de febrero,



7 de julio y 6 de octubre de 2016, 26 de abril, 12 y 19 de junio, 12 de julio y 4 y 12 de diciembre de 2017, 5 de julio, 21 de noviembre y 20 de diciembre de 2018 y 1 de marzo de 2019.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aceptación y adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes:

- El causante ha fallecido el día 24 de enero de 2019 y bajo vecindad civil foral vasca, dejando viuda y dos hijos de su matrimonio.

- En el testamento, de fecha 15 de septiembre de 2014, en la cláusula primera, lega a su esposa el usufructo universal y vitalicio de todos los bienes de la herencia, sometido a cautela «*Socini*», y en el último párrafo de la misma consta lo siguiente: «*Si alguno de los legitimarios no aceptase este legado les lega su legítima estricta y si todos lo rechazasen, les lega su legítima e instituye heredera a su citada cónyuge*»; además, establece lo siguiente: «*Segunda.- Concede a su cónyuge, mientras permanezca viuda y no conviva maritalmente con otra persona, la facultad vitalicia de mejorar y distribuir la herencia entre los descendientes comunes durante toda su vida, sin perjuicio de las legítimas, mejoras y demás disposiciones del causante. Tercera.- Para el caso de que la viuda no hiciera uso de la facultad contenida en la cláusula segunda, instituye herederos por iguales partes a sus dos citados hijos y los sustituye por sus respectivas estirpes, para los casos de premoriencia o incapacidad para heredar*».

- En la escritura, intervienen la viuda y el hijo, y se otorga lo siguiente: inventario completo de todos los bienes privativos y gananciales del causante; aceptación del legado de usufructo y de la condición de fiduciaria de la viuda; designación por la viuda, en virtud del artículo 48.2 de la Ley 5/2015 y del artículo 831 del Código Civil, de legitimario de su difunto esposo, a su hijo compareciente, que, hace «*rechazo del legado de usufructo universal efectuado a favor de su madre*», y «*en consecuencia, conforme el último párrafo de la cláusula primera del testamento, doña A. M. I. resulta heredera universal de su esposo, sin perjuicio del derecho que corresponde a su hijo a recibir bienes por valor de su cuota legitimaria que es el tercio de esta (...)*»; por último, se hacen a los dos diversas adjudicaciones, de manera que queda pendiente de pago al hijo, cierta cantidad hasta



completar la legítima, la cual será abonada por la fiduciaria en el momento que considere oportuno, de acuerdo con el artículo 48.2 de la Ley vasca, lo que el legitimario acepta.

La registradora señala como defecto que es precisa la comparecencia en la escritura calificada de la otra legitimaria, lo que fundamenta en lo siguiente: que fue nombrada en el testamento, y que la fiduciaria del artículo 831 del Código Civil no está facultada para apartar a la legitimaria.

El notario recurrente alega lo siguiente: falta de suficiente motivación en la nota de calificación; que no se ha hecho nombramiento estricto de los hijos del causante, ya que el nombramiento de los hijos requiere que se haga en alguna calidad jurídica relevante, como sucesor del testador a título universal o particular, legitimario, a los efectos de desheredarlo, de atribuirle bienes en pago de legítima, de considerar pagada su legítima con atribuciones extra testamentarias, de manera que, al no haber atribuido el testador a ninguno de sus hijos la condición de sucesores a título universal del causante -para adquirirla se requiere el ejercicio de la fiducia en tal sentido por el viudo o su extinción sin haber ejercitado sus facultades en el plazo concedido por el testador (toda la vida de la fiduciaria)-, su intervención en la partición de la herencia no es necesaria; que no es necesario que los legitimarios consientan la forma de ejercicio de la fiducia por parte de la viuda; que la legítima vasca es colectiva, por lo que los legitimarios solo pueden ejercer acciones frente a terceros en defensa de la misma; que a esta fiducia del artículo 831 del Código Civil, se deben aplicar las normas vascas de los poderes testatorios y del comisario; que por tanto, la fiduciaria tiene todas las facultades que corresponden al testador y entre ellas la de apartar.

2. Respecto de las alegaciones del recurrente relativas a la falta de motivación de la calificación impugnada, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de



octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 25 de octubre de 2007, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011, 28 de octubre y 20 de julio de 2012, 12 de febrero de 2016, 26 de abril y 19 de junio de 2017, 21 de noviembre de 2018 y 1 de marzo de 2019, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el registrador que pudieran ser relevantes para la Resolución del recurso. También ha mantenido esta Dirección General (*vid.* la Resolución de 25 de octubre de 2007, cuya doctrina confirman las más recientes de 28 de febrero y de 20 de julio de 2012) que no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de Resoluciones de este Centro Directivo), sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse (y lo mismo debe entenderse respecto de las citadas Resoluciones), ya que sólo de ese modo se podrá combatir la calificación dictada para el supuesto de que no se considere adecuada la misma.

En el presente caso, la registradora en su calificación ha señalado como defecto, que es necesaria la intervención de la otra legitimaria en la escritura para la inscripción, y además argumenta dos motivaciones para esa calificación: que fue nombrada en el testamento, y que la fiduciaria del artículo 831 del Código Civil no está facultada para apartar a la legitimaria, tal y como se reconoce en el escrito de interposición del recurso. Conviene tener en cuenta que es igualmente doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012, 9 de julio, 8 de octubre y 12, 16, 17, y 20 de diciembre de 2013, 19 de marzo y 10 de junio de 2014, 2 de febrero de 2015 y 12 de diciembre de 2017, entre otras) que aun cuando la argumentación en que se fundamenta la calificación haya sido expresada de modo escueto, cabe la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, según el contenido del escrito de interposición del recurso. Y, en este caso, resulta que la cuestión planteada por la registradora



ha podido ser objeto de alegaciones suficientes por el recurrente, y por ello procede entrar en el fondo del asunto.

3. La cuestión esencial a resolver es la necesidad de concurrencia de los hijos legitimarios en esta partición. Señala la registradora que ha sido nombrada la legitimaria cuya concurrencia se exige, y que la fiduciaria no está facultada para apartarla de la sucesión. Alega el recurrente que no se ha hecho nombramiento de los hijos como herederos, legatarios, a título universal o particular o en cualquiera otra cualidad jurídica relevante a los efectos de desheredarlos, de atribuirles bienes en pago de legítima, o de considerar pagada su legítima con atribuciones extra testamentarias; de manera que, al no haber atribuido el testador a ninguno de sus hijos la condición de sucesores a título universal o particular del causante, se requiere el ejercicio de la fiducia en tal sentido por el viudo o su extinción sin haber ejercitado sus facultades en el plazo concedido por el testador, y su intervención en la partición de la herencia no es necesaria. Así pues, esta cuestión se desdobra en dos vinculadas entre sí: si han sido nombrados o no los legitimarios en el testamento, y, en caso de serlo, si corresponde a la fiduciaria o delegada la facultad de apartarlos de la sucesión.

En cuanto a la primera, esto es, si han sido nombrados los hijos legitimarios, del contenido del testamento se aprecia que efectivamente lo han sido en el contexto de la delegación de la *«facultad vitalicia de mejorar y distribuir la herencia entre los descendientes comunes durante toda su vida, sin perjuicio de las legítimas, mejoras y demás disposiciones del causante»*. En primer lugar, aun cuando el recurrente alega que no se menciona literalmente el artículo 831 del Código Civil, se evidencia, por la redacción, por el contexto y por la normativa aplicable en el momento del otorgamiento del testamento, que estamos ante una delegación de la facultad de mejorar del citado artículo, en la que, en la cláusula tercera del testamento, para el caso de que la viuda no hiciera uso de la facultad, se instituye herederos por iguales partes a los dos hijos sustituidos por sus estirpes. En segundo lugar y, en consecuencia, está claro el nombramiento de los dos hijos, por un lado, en la institución a su favor, aunque esté pendiente del ejercicio y ejecución de la delegación por la fiduciaria; y por otro, en la mención de los descendientes comunes, entre los cuales están ellos -mencionados en el expositivo del testamento-.



Alega el recurrente que se ha nombrado uno solo de los hijos, pendiente de la designación por la fiduciaria, lo que nos lleva a la segunda cuestión que deriva de la anterior, y es la de si habiendo sido mencionados los hijos como mejorables en su concepto de descendientes legitimarios, y, además, siendo nombrados los hijos como herederos pendientes del ejercicio de la fiducia, puede la fiduciaria apartar a uno de ellos en los términos de la legislación vasca.

4. Previamente, hay que determinar la legislación aplicable al contenido del testamento y a los derechos de legítima que en su caso corresponderían a esos hijos. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que 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 y surte sus efectos con arreglo a la misma, pero las legítimas se ajustan a la vecindad civil vasca que es la que rige la sucesión, por lo tanto, los derechos legitimarios en particular, se adquieren conforme a la ley que rija la sucesión en el momento de su apertura, y especialmente lo ha puesto de relieve al abordar las cuestiones de legitimarios de derecho civil foral vasco (*vid.* «Vistos»).

Así lo ha determinado este Centro Directivo, en los supuestos en los que ha sido abordada la cuestión de la normativa aplicable a estas sucesiones de conflicto intertemporal, y cuya doctrina (Resoluciones de 12 de junio y 12 de julio de 2017, reiteradas por otras) conviene recordar: *«(...) 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 (...)».

5. Referido a la legítima aplicable, este Centro Directivo en Resolución de 20 de diciembre de 2018, reiterada por otras, 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».

Centrados en el supuesto de este expediente, el causante ostentaba vecindad civil foral vasca al tiempo de su fallecimiento, lo que no se discute en la calificación, pues así lo determina la disposición transitoria séptima de la Ley 5/2015, de 25 de junio, según la cual, 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 se regulará conforme la legislación civil foral vasca; el testamento fue otorgado durante la vigencia del Derecho civil común, por lo que las disposiciones e instituciones ordenadas en el mismo son válidas de acuerdo con la citada legislación común, y, en especial la delegación de la facultad de mejorar o fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil; pero las legítimas se ajustarán a la legislación vigente al tiempo del fallecimiento que es la apertura de la sucesión, esto es, la legítima colectiva vasca.

6. Determinado que la legislación aplicable a esta sucesión es la del momento de la apertura de la sucesión, esto es, la de Derecho civil vasco, y que la legítima aplicable es la colectiva de esa región foral, referido a la posibilidad de apartamiento, ha puesto de relieve este Centro Directivo (*vid.* «Vistos») lo siguiente: «(...) 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”».

En el concreto supuesto de este expediente, habiéndose nombrado a los dos hijos como herederos por partes iguales a falta del ejercicio de la fiducia, y siendo mencionados como



posibles mejorables en el caso de ejercicio de la misma, es claro que no se ha producido un apartamiento expreso ni tácito de los mismos por parte del testador. Por lo tanto, no se ha producido por el testador apartamiento expreso ni tácito de la hija legitimaria, y aunque se pueda alegar por el recurrente que la interpretación de la voluntad del causante en relación con el contexto de la normativa aplicable al tiempo de la apertura de la sucesión, pudiera ser la de apartar, como ha puesto de relieve este Centro Directivo, *«no se trata de un problema de interpretación de un testamento sino de aplicación de la Ley»*. En consecuencia, no se puede presumir la voluntad de apartar cuando textualmente no lo hizo, si bien, la cuantía de la legítima que ha de satisfacerse se ajustará a las normas de Derecho civil vasco.

7.-Sentado esto, y determinado que, a la vista de las cláusulas del testamento, el causante no ha apartado a sus legitimarios expresa o tácitamente, hay que determinar si entre las facultades del delegado de la facultad de mejorar o fiduciaria del artículo 831 del Código Civil, está la de apartar a los legitimarios.

Las facultades del delegado de la facultad de mejorar y partir o fiduciario del artículo 831 del Código Civil resultan expresadas de forma enunciativa en algunos de los párrafos del texto legal: *«1. (...) podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar (...) 2.- Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior. 3.- El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos. De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado. Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente*



satisfechas, aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades. 4.- La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones (...)».

Así pues, como ha determinado la doctrina, las facultades de este delegado o fiduciario del artículo 831 del Código Civil son enormes y se resumen en mejorar a los hijos comunes; señalar cuotas a los hijos y descendientes comunes dentro de los tercios de mejora y de libre disposición; atribuir bienes concretos y específicos, bien directamente, o en cumplimiento de una cuota previamente señalada por el testador; entregar bienes específicos o determinados, tal cual si se tratase de legados; realizar la partición en los mismos términos que si se tratase del testador (artículo 1056 del Código Civil), y por lo tanto, no está sujeto a la obligada igualdad exigida por los artículos 1061 y 1062 del Código Civil; la partición realizada por el fiduciario, no podrá ser impugnada por causa de la lesión en más de la cuarta parte del valor de los bienes adjudicados, porque está realizada por persona con las mismas facultades que el testador y no por los herederos o por un contador-partidor; puede ordenar el pago de la legítima en metálico, en los términos del artículo 841 y siguientes del Código Civil; puede hacer atribuciones sujetas a modo o carga; la facultad de mejorar debe interpretarse encuadrada en el más extenso campo de actuación: tanto expresa como tácitamente y no solo el tercio de mejora sino también con el de libre disposición; en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar, de manera que el artículo al conceder al cónyuge viudo la facultad de atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada; pueden satisfacerse las adjudicaciones en todo con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades, de forma que el viudo puede pagar las disposiciones del causante y las legítimas con adjudicaciones de bienes pertenecientes a él, que pueden o no ser los que resulten adjudicados en la liquidación de la sociedad conyugal.



Pero con la misma claridad, la doctrina ha considerado que está prohibido al delegado y no se le puede facultar para lo siguiente: autorizar al supérstite la modificación del testamento del causante; hacer por él el testamento o instituir heredero; no se podrá autorizar al delegado para desheredar a ninguno de los hijos y descendientes; no podrán perjudicar las legítimas ni las disposiciones del causante ni autorizar al delegado para hacerlo en ejercicio de sus facultades; no puede ordenar sustituciones fideicomisarias en nombre del testador, porque esto sería tanto como instituir herederos; sin embargo, cabe, no obstante, que el testador haya previsto expresamente esta posibilidad, designando los sustitutos.

8. Sostiene el notario recurrente que el espíritu de la ley vasca determina la aplicación al fiduciario nombrado *ex artículo 831 del Código Civil*, de la regulación del comisario en la Ley 5/2015, de manera que la institución de una fiducia sucesoria ordenada conforme al artículo 831 del Código Civil para una sucesión abierta bajo la vigencia de normativa y vecindad civil vasca, determinaría la aplicación de las normas de la Ley 5/2015 del Derecho Civil Vasco por lo que se regularía por las disposiciones de esa Ley vasca relativas al comisario, dado que el fiduciario del Código Civil una institución de la misma naturaleza jurídica que la del comisario de la Ley 5/2015. Es decir, que entiende que estamos en este caso concreto, ante otra figura de fiducia sucesoria, tal como un poder testatorio o testamento por comisario.

Indudablemente, las facultades del comisario vasco, así como las del poder testatorio, superan notablemente, las facultades del fiduciario del artículo 831 del Código Civil, resultando del artículo 32 de la Ley 5/2015 lo siguiente: *«Capacidad jurídica y ejercicio del poder testatorio (...) 3. Salvo disposición en contrario del testador, el comisario no podrá establecer fideicomisos ni hacer nombramientos condicionales de sucesor a título universal o particular, ni tomar decisiones tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes»*; y del artículo 33, relativo a los límites del poder testatorio, resulta que *«1.- El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio, que no podrá modificar bajo ningún concepto; y, en su defecto, tendrá todas las facultades que correspondan al testador según esta ley y el derecho supletorio. 2.- Si el testador ha indicado las personas entre las que el comisario ha*



de elegir, deberá éste atenerse a lo establecido en el poder (...)». Por último, el artículo 43 recoge el ejercicio del poder testatorio: *«1.- El comisario podrá ejercitar el poder testatorio por acto inter vivos o mortis causa en testamento ante notario o por pacto sucesorio, a título universal o singular, sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador».* En parecidos términos, el artículo 166 de la derogada Ley 3/1992, del Derecho Civil Foral del País Vasco en la redacción de la Ley 3/1999 relativa al Fuero Civil de Gipuzkoa, para la provincia de Guipúzcoa establecía que *«1. El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido por el causante. 2. En otro caso, ostentará las mismas facultades, incluidas las opciones de este Fuero, que hubieran correspondido al causante. Sin embargo, el comisario no podrá revocar en todo o en parte el testamento de éste si no hubiere sido expresamente autorizado para ello».*

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

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

Pues bien, aun cuando alega el recurrente que no se ha mencionado literalmente el artículo 831 del Código Civil, de acuerdo con el texto empleado en el testamento y la época de su redacción, que concuerda con la legislación común aplicable entonces, así como con el encargo empleado en la institución, lo que se ha hecho por el testador es una delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil y a sus reglas habrá de atenerse la actuación de la fiduciaria. Por lo tanto, habida cuenta que no está entre sus facultades la de



apartar a los legitimarios, ni desheredarlos, ni instituirlos, procede analizar su actuación en el supuesto concreto.

9.-Sentado que se trata de una fiduciaria del artículo 831 del Código Civil y cuáles son sus facultades y límites, y especialmente que no puede apartar a los legitimarios, ahora se ha de analizar su posición respecto a la legítima colectiva.

El cumplimiento de la delegación, exige a la fiduciaria, satisfacer al menos a uno de los legitimarios, una legítima colectiva de una tercera parte de la herencia. Así lo ha determinado este Centro Directivo (Resolución de 20 de diciembre de 2018): *«en la presente sucesión está designado un heredero que es hijo y que absorbe la legítima de todos los descendientes, preteridos o no, y siendo además de aplicación el artículo 48 de la Ley 5/2015 en su número 2, con la literal y rigurosa aplicación de las normas, nada puede reclamar la otra hija del causante. Por lo tanto, en este caso se ha respetado la legítima de los descendientes regulada en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y se llega a la misma conclusión: hay un hijo cuya adjudicación en su condición de heredero absorbe la legítima de todos los descendientes. Así pues, 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».*

Pues bien, en el concreto supuesto, la fiduciaria ha satisfecho una tercera parte de la herencia a uno de los legitimarios en pago de la legítima, cumpliendo por lo tanto con las exigencias de la legítima colectiva, y nada se puede objetar en este punto. Por otra parte, al ejercitar la fiducia sucesoria, ha hecho uso de la facultad concedida, y, una vez cumplida la disposición del testador -*«para el caso de que la viuda no hiciera uso de la facultad contenida en la cláusula segunda, instituye herederos por iguales partes (...)*»- no entra en juego la institución de herencia a favor de los hijos.

10. Queda por determinar la acción de amparo que por la ley corresponde a la otra legitimaria. Consecuentemente con la protección de los derechos legitimarios, puede reclamar contra el avalúo en el caso de que se perjudique el valor del tercio de legítima



colectiva, tal como harían los legitimarios de derecho civil común en el caso de su legítima individual.

En cuanto al régimen y plazo para el pago de la legítima, aunque referido al Derecho común, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2019, resuelve un supuesto de ejercicio de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil, en el que uno de los cónyuges fallece dejando dos hijos y atribuyendo a su cónyuge superviviente las más amplias facultades reconocidas a la fiduciaria, permitiendo, incluso, que la esposa sobreviviente pudiera realizar las mejoras y demás atribuciones en su propio testamento, dando por lo tanto, el máximo plazo legalmente posible para el ejercicio de aquellas facultades. Se interpone demanda por uno de los hijos por la que reclama el pago de su legítima en el momento de fallecimiento del primero de los cónyuges, con carácter inmediato, y, por consiguiente, sin esperar al fallecimiento del cónyuge superviviente. El Alto Tribunal, ante el silencio del Código Civil en este punto y la falta de doctrina jurisprudencial determinó que, si bien el origen del artículo 831 del Código Civil está en algunos Derechos Forales, caso de la fiducia colectiva aragonesa, del fiduciario-comisario del Derecho Navarro, del comisario del Derecho vizcaíno, o de las facultades de designación y distribución otorgadas al cónyuge superviviente en el Derecho catalán, -entre otros supuestos-, la interpretación de esta norma, al margen de la autonomía o clara diferenciación que presenta su actual regulación respecto de las aplicaciones forales señaladas, queda sujeta a los principios del sistema sucesorio del Código Civil. En aplicación de estos pilares, resaltó que la legítima estricta de derecho común, constituye un derecho básico del legitimario cuyo pago no puede quedar sujeto a plazo alguno fijado por el testador, salvo en los supuestos que expresamente lo disponga la propia norma. Supuestos, entre otros, del artículo 1056, caso de la preservación indivisa de una explotación, o del artículo 844 del Código Civil, caso del pago de la legítima en metálico.

El párrafo tercero del artículo 831 citado, no contempla un régimen específico para el pago de la legítima estricta de los descendientes comunes, por lo que, el Tribunal Supremo ha considerado que de la interpretación del citado precepto no cabe extraer una excepción, cuál es la aplicación de un plazo, bien el de dos años previstos para el ejercicio de las facultades del cónyuge fiduciario -párrafo segundo del citado artículo 831-, o bien el del momento del otorgamiento del testamento del cónyuge fiduciario, que *«resulta contrario a*



los principios de nuestro sistema sucesorio y carecen de cobertura expresa por la norma». Por eso ha considerado el Alto Tribunal que en el pago de la legítima estricta de los descendientes comunes no cabe señalamiento de plazo, salvo que la propia norma expresamente lo disponga.

Así pues, una vez abierta la sucesión del causante, tras su fallecimiento, disuelta y liquidada la sociedad de gananciales con las correspondientes adjudicaciones a la viuda y a la masa hereditaria, y determinada la cuantía de la legítima estricta, procede el pago de la misma sin excepción de plazo alguno, toda vez que la fiduciaria, no ha justificado ninguna circunstancia o vicisitudes que pudieran ser tenidas en cuenta para demorar dicho pago. No ha abordado el Tribunal Supremo la cuestión de las cautelas y forma de garantizar el pago de la legítima en su caso, por lo que será de aplicación el párrafo segundo del número 3 del citado artículo 831, según el cual, *«de no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado».*

En consecuencia, y referido a este expediente, la legitimaria podrá, en su caso, ejercitar las acciones de rescisión que correspondan en el caso de perjuicio del tercio de legítima colectiva, pero la adjudicación que se hace en la escritura surtirá todos sus efectos.

11. Recapitulando, sentado que se trata de una legítima de Derecho civil vasco, que no hubo apartamiento expreso ni tácito, y, que la institución a favor de la viuda es una delegación de la facultad de mejorar o fiducia del artículo 831 del Código Civil, hay que determinar, de acuerdo con las facultades de la citada fiduciaria y la especial naturaleza de la legítima colectiva vasca, si la fiduciaria puede realizar la adjudicación del supuesto de este expediente a los efectos de la inscripción.

Para la resolución de esta cuestión, hay que tener en cuenta, que, además de las anteriores, se producen las circunstancias siguientes: a) que en la legítima de Derecho civil vasco no existe el tercio de legítima estricta, sino un tercio de legítima colectiva entre todos los legitimarios; b) que el resto de la herencia puede ser distribuido por la fiduciaria en la forma que estime oportuno; c) que se ha respetado la totalidad de ese tercio de legítima



colectiva en favor de uno de los legitimarios; d) que la viuda ha hecho uso de la facultad concedida ejerciendo la fiducia, por lo que no entra en juego la institución de herederos a favor de los hijos, y e) que no consta en el expediente ni en el Registro que la otra legitimaria haya hecho reclamación alguna de sus derechos de legítima.

Pues bien, habida cuenta todas estas circunstancias, la fiduciaria puede en ejercicio de sus facultades concedidas por la delegación de la facultad del mejorar del artículo 831 del Código Civil, hacer las adjudicaciones realizadas en la escritura referida, sin perjuicio de las acciones de rescisión que, en su caso, correspondan a la legitimaria como consecuencia de sus derechos legitimarios.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación.

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

Madrid, 18 de diciembre de 2019 (2ª)

EL DIRECTOR GENERAL

Pedro José Garrido Chamorro