



En el recurso interpuesto por don Javier Gómez Martínez, notario de Valladolid, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad accidental de Durango, don Enrique Maside Páramo, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aceptación de herencia.

HECHOS

I

Mediante escritura otorgada ante el notario de Valladolid, don Javier Gómez Martínez, el día 12 de abril de 2016, con el número 1.506 de protocolo, se procedió a la aceptación de la herencia causada por el fallecimiento de don L. M. R. C. el día 10 de enero de 2016, fallecido en estado de casado y sin descendientes sin que conste el fallecimiento o renuncia de los ascendientes.

II

Presentada la escritura, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Durango: Calificado el precedente documento, el Registrador que suscribe una vez acreditado en relación al I.I.V.T.N.U. (plusvalía) el cumplimiento de la obligación establecida en el nº 5 del art. 254 la Ley Hipotecaria, ha suspendido la inscripción solicitada siguientes defectos subsanables: A) No acreditarse previamente el correspondiente pago del Impuesto de Sucesiones (nº 1 art. 254 de la Ley Hipotecaria). B) Falta de consentimiento de don B. y doña C, padres del causante, a lo dispuesto en la escritura objeto de calificación o en su caso renuncia de dichas personas a sus derechos legitimarios. En la documentación



aportada al Registro no se acredita la premoriencia de los padres. Téngase en cuenta a este respecto lo siguiente: 1) Que con L. M. R. C. falleció sin descendencia el 10 de enero de 2016 siendo vecino de Zaldibar (Bizkaia) y quedando sujeto en cuanto a la sucesión al Derecho Civil Vasco y concretamente a la Ley 5/2015 de 25 de junio de que entró en vigor el 3 de octubre de 2015 y que es la que rige al tiempo de su fallecimiento. 2) Que el causante falleció bajo testamento otorgado el 22 de marzo de 2004 ante el notario de Durango don Néstor Almarza de la Peña bajo el número 506 de su protocolo en el que tras indicar que es hijo de B. y C., que está casado en únicas nupcias con doña M. E. F. G. sin descendencia y que por razón de su continuada vecindad está sometido a las disposiciones del Derecho Foral Vizcaíno, estableció las siguientes cláusulas: “Primera: Lega a sus padres lo que por legitima les corresponda. Segunda: Instituye y nombra como única y universal heredera a su citado cónyuge.” El testamento había sido otorgado estando en vigor la Ley 3/1992 de 1 de julio sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco que reconoce derechos legitimarios a los ascendientes como luego se verá. 3) Según el artículo 47 de la Ley 5/2015 de 25 de junio (descartada la troncalidad que no entra en juego en el supuesto que se examina) tan solo son legitimarios “los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho” quedando excluidos los ascendientes a los que no se cita en el referido precepto. No existiendo descendientes la legitima del cónyuge viudo consistirá en “el usufructo de dos tercios de los bienes” (nº 2 art. 52 de la Ley 5/2015). A dicha legítima habría que añadir el derecho de habitación en la vivienda conyugal, al parecer la vivienda descrita en el nº 7 del Inventario, vivienda situada en Zaldibar, en los términos que señala el art. 54 de la referida Ley 5/2015. 4) Por su parte el artículo 53 de la Ley 3/1992 de 1 de julio consideraba que la sucesión forzosa se defería por el siguiente orden: “1.- A los hijos, incluso los adoptivos y demás descendientes. 2.- A los padres y demás ascendientes”. A diferencia de la Ley 5/2015 de 25 de junio de la Ley 3/1992 de 1 de julio consideraba legitimarios a los ascendientes. No existiendo descendientes la legitima del cónyuge viudo consistirá en “el usufructo de dos tercios de los bienes” (nº 2 art. 52 de la Ley 5/2015). 5) El Testamento del causante como ha quedado expuesto con anterioridad fue otorgado el 22 de marzo de 2004, es decir, estando en vigor la Ley 3/1992 de 1 de julio y consecuentemente con ella el causante legó a sus padres “lo que



por legitima les corresponda”, en este caso sería como se ha indicado “la mitad de todos los bienes del testador”. 6) A la vista de los preceptos examinados y la redacción del testamento el problema que se plantea es si tras el fallecimiento del causante, sus padres, don B. y doña C. ostentan derechos o no en la sucesión de su hijo en calidad de legitimarios. Con arreglo a la Ley 5/2015 de 25 de junio la respuesta podría ser la negativa teniendo en cuenta que el causante falleció el 10 de enero de 2016 estando ya en vigor la indicada Ley. Sin embargo, con arreglo al testamento de 22 de marzo de 2004 otorgado con arreglo a la Ley 3/1992 de 1 de julio la respuesta podría ser positiva. De la solución que se adopte dependerá el que los padres del causante tengan que intervenir o no en el documento particional. En la escritura objeto de calificación, párrafo 2º del expositivo II, se ha seguido la tesis negativa de modo tal que se ha considerado ineficaz la cláusula primera del testamento que atribuye derechos legitimarios a los ascendientes. En realidad se trata de saber si la Ley 3/1992 de 1 de julio derogada por la Ley 5/2015 de 25 de junio sigue produciendo efectos a través del testamento de 22 de marzo de 2004 incluso con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2015 de 25 de junio. Nos encontramos ante un problema de conflicto intertemporal de leyes cuya solución la encontramos en la propia Ley 5/2015 de 25 de junio. Se debe partir para ello de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la referida Ley en la que se indica que: “Los conflictos intertemporales entre esta ley las que deroga (entre ellas la Ley 3/1992 de 1 de julio) se resolverán aplicando las disposiciones transitorias preliminar, 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 12ª del Código Civil. Si un conflicto intertemporal no pudiera resolverse por las disposiciones anteriores, se tendrá en cuenta que las variaciones introducidas en esta ley no deben perjudicar los derechos adquiridos conforme a la legislación anterior”. De esta Disposición Transitoria Primera se deduce lo siguiente: 1º) Que para resolver el conflicto intertemporal tiene preferencia el párrafo 1º de la referida Disposición sobre el párrafo 2º, preferencia que debe tenerse en cuenta en el supuesto objeto de calificación. 2º) Que lo dispuesto en las disposiciones transitorias del Código Civil que se citan en el párrafo 1º previstas para resolver el conflicto intertemporal de leyes que se planteó a la entrada en vigor del Código Civil es el modelo a seguir para resolver el conflicto intertemporal de leyes que supuso la entrada en vigor de la Ley 5/2015 de 25 de junio en relación con la legislación derogada. En relación a las referidas disposiciones transitorias conviene destacar



dos: la 2ª y la 12ª: La 2ª, en su inciso primero señala que: “los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En consecuencia, serán válidos los testamentos, aunque sean mancomunados (...)”. Lo que se deduce de este inciso 1º de la disposición es que el Testamento otorgado por el causante el 22 de marzo de 2004 incluyendo su cláusula primera es válido como negocio jurídico. Lo que ocurre es que su eficacia puede quedar reducida “en estas reglas”, es decir, en las restantes disposiciones transitorias y en concreto en lo dispuesto en la disposición transitoria 12ª. Señala la disposición Transitoria 12ª que: “los derechos a la herencia del que hubiere fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el código (léase Ley 5/2015 de 25 de junio) 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 (léase Ley 5/2015 de 25 de junio) pero cumpliendo, en cuanto esta permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por 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 (léase Ley 5/2015 de 25 de junio).” Partiendo de la base de que los derechos hereditarios a que se refiere esta disposición transitoria son en exclusiva los derechos conferidos por la ley a determinadas personas con independencia de la voluntad del testador y aún en contra de su voluntad, entre ellos los derechos legitimarios, si aplicamos la misma al supuesto contemplado en el título objeto de calificación se llegará a la conclusión de que aun cuando el causante falleció después de entrar en vigor la Ley 5/2015 de 25 de junio, el legado establecido en la cláusula primera del Testamento atribuyendo a los padres del causante “la legítima que les corresponda” debe respetarse si bien reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia (en este caso al cónyuge sobreviviente) lo que le corresponda según la Ley 5/2015 de 25 de junio. Con arreglo al testamento y la Ley 3/1992 de 1 de julio los padres tendrían derecho a la mitad de todos los bienes del testador. Con arreglo a la Ley 5/2015 de 25 de junio el cónyuge sobreviviente tendría derecho al usufructo de dos tercios de los bienes a lo que se añadirá el derecho de habitación en lo que fue vivienda conyugal. Para hacer posible la entrega al cónyuge viudo de lo que le corresponde según la Ley



5/2015 de 25 de junio no habría más remedio que reducir los derechos atribuidos a los padres en el Testamento que quedarían limitados a la mitad en nuda propiedad de los bienes del testador y por supuesto con la obligación de respetar el derecho de habitación del cónyuge sobreviviente sobre la que fue la vivienda conyugal. Lo que parece claro es que a la vista de la disposición transitoria 12ª los derechos reconocidos a los padres en el Testamento no desaparecen del todo sino que se reducen y ello obliga a que intervengan en la partición los referidos padres, bien para ratificar lo hecho por doña M. E. F. G. en el documento objeto de calificación bien para renunciar a sus derechos legitimarios. Entrando en el campo de las intenciones podría pensarse que la cláusula testamentaria primera tal y como está redactada es una cláusula que el testador incluyó en el testamento por imperativo legal pero ninguna intención de convertir a sus padres en legitimarios ni hacerles legado alguno de modo tal que de no existir ese mandato legal en ningún caso se hubiera incluido la referida cláusula pudiendo en consecuencia el cónyuge viudo recibir la totalidad de la herencia sin limitaciones. Pero también podría pensarse que si el causante hubiese querido privar a sus padres de sus derechos legitimarios lo único que tendría que haber hecho es modificar el testamento para acomodarlo a la nueva ley y sin embargo no lo hizo. En esta situación lo único que es cierto es que el testamento es válido lo mismo que su cláusula y que en virtud de la Disposición Transitoria 12ª del código Civil la eficacia de lo dispuesto en el testamento en base a la Ley 3/1992 de 1 de julio se prolonga en el tiempo si bien con las limitaciones que señala la referida Disposición Transitoria y sin perjuicio de los derechos de los interesados a dirimir sobre la eficacia de la cláusula testamentaria ante los órganos judiciales. Todo lo demás son simples conjeturas. Contra la referida calificación (...) Durango, a 9 de junio de 2016.- El registrador accidental (firma ilegible) Don Enrique Maside Páramo».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Javier Gómez Martínez, notario de Valladolid, interpuso recurso el día 8 de julio de 2016 en base a los siguientes argumentos: «A) Hechos (...) B) Fundamentos de Derecho.- Apoyan estos, en contra de la nota recurrida,



las siguientes afirmaciones: - Se ha de tener en cuenta que la ley fundamental de la sucesión es la voluntad del causante, estando está limitada por aquellas disposiciones de orden imperativo como las que tiene por objeto el respeto de los derechos legitimarios. - Las disposiciones testamentarias que se limitan a dejar a los padres “lo que por legítima estricta les corresponda” constituyen un indicio de que la voluntad del causante era dejar a los mismos el menor contenido de derechos posible, y que la mención de estos en el testamento sólo se encuentra motivada por el hecho de que la Ley les reconoce un derecho hereditario cuya inexistencia habría llevado al testador a no haberles mencionado en el testamento. - Podría ser indicio de una voluntad contraria el hecho de que a los padres se les deje algún bien concreto en pago de su legítima o que se hubiera mencionado expresamente la cuota en que dicha legítima consiste, pero la expresión contenida en el testamento del causante “lo que por legítima le corresponda” es indicativa de que lo que el testador quiso era dejar reducido el derecho del beneficiado al mínimo legal posible. - Apoya esta interpretación el hecho de que la atribución de los derechos de los padres se realice por medio de un legado y no por medio de la institución de heredero a favor de los mismos, que en el caso que nos ocupa se realiza precisamente en favor del cónyuge. - No parece suficiente argumento en contra entender que el hecho de que el testador pudo tanto prever el caso al hacer el testamento como otorgar nuevo testamento tras la modificación legal para ajustar sus disposiciones a la nueva normativa; no hacerlo no puede ser interpretado como voluntad de mantener los derechos legitimarios de los padres, ya que en el presente supuesto de hecho el causante falleció el día 10 de enero de 2016 y la Ley 5/2015 de 25 de junio entró en vigor el día 3 de octubre del citado año, es decir, tres meses antes de la fecha del óbito - La Disposición Transitoria 1ª de la Ley 5/2015 de 25 de junio establece que los conflictos intertemporales entre esta Ley y las que deroga, se resolverán aplicando las disposiciones transitorias preliminares, 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 12ª del Código Civil. Invoca el Registrador en su nota igualmente la Disposición Transitoria 12ª que en su último párrafo establece que “Se respetarán por 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 corresponde según el Código”. Interpreta el Registrador la citada disposición en el sentido de que los derechos hereditarios de los padres (mitad de la herencia según la Ley derogada) deben reducirse



toda vez que la nueva Ley atribuye al cónyuge mayores derechos al reconocerle el usufructo de dos tercios de los bienes a los que se añadirá el derecho de habitación en lo que fue la vivienda habitual. Esta interpretación debe rechazarse toda vez que cuando la Disposición Transitoria 12^a se refiera a reducir las disposiciones testamentarias conforme a la nueva norma, lo hace exclusivamente a los efectos de respetar, si ello fuera necesario, los derechos de nuevos herederos forzosos; pero en el presente supuesto, la reforma de la Ley 5/2015 si bien ha ampliado los derechos legitimarios del cónyuge viudo, también ha hecho desaparecer los de los padres, por lo que no existiendo conflicto entre ambos no hace necesario la reducción de los derechos legitimarios de ningún interesado para el mantenimiento de los derechos legitimarios del cónyuge. - Este mismo criterio se extrae, a mi juicio, del artículo 9.8 Código Civil, que regula una cuestión distinta, pero que presenta ciertas similitudes con la que tratamos, el conflicto móvil o en el espacio, esto es, que cambie la nacionalidad o vecindad civil del testador, lo que determinará el cambio en la Ley reguladora de su sucesión. Dice este artículo: “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...”. No sería lógico que el testador tuviera que respetar los derechos legitimarios de los padres a pesar del cambio normativo, según la interpretación del señor registrador sobre el contenido de la Disposición Transitoria 12^a, y que sin embargo por aplicación de la norma transcrita, en caso de cambio de vecindad civil, no hubiera tenido obligación de hacer».

IV

El registrador emitió informe el día 14 de julio de 2016 y elevó el expediente a este Centro Directivo.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 149.1.8.^a de la Constitución Española; 14 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 3.1, 9.8, 14, 675 y 888 y las disposiciones transitorias segunda y duodécima del Código Civil; los artículos 14, 16, 18, 324 y 328 de la Ley Hipotecaria; 17, 47, 48 y 58 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1994, 31 de julio de 2007, 14 de enero de 2015 y 1 de junio de 2016, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de octubre de 2014.

1. Se debate en este recurso la inscripción de una escritura de aceptación de herencia en la que el causante, de vecindad civil vasca, fallece sin descendientes y se deniega la inscripción por no haberse respetado los derechos legitimarios de los ascendientes.

Son hechos relevantes:

- El causante fallece el día 10 de enero de 2016, y por tanto después de la entrada en vigor (el 3 de octubre de 2015) de la nueva ley de Derecho Civil Vasco de 25 de junio de 2015.

- El causante había otorgado testamento bajo la vigencia de la legislación anterior (Ley de Derecho Civil Foral Vasco de 1 de julio de 1992), legando a sus padres «*lo que por legítima les corresponde*» e instituyendo heredera universal a su cónyuge.

- Se da la circunstancia de que la normativa de 1992 atribuye derechos legitimarios a los ascendientes que desaparecen en la nueva regulación.

- En la escritura de adjudicación de herencia comparece únicamente el cónyuge.

2. Con carácter previo, debe analizarse la competencia de este Centro Directivo para conocer este recurso debido a las especialidades que presentan los territorios con competencia en materia de Derecho civil foral.



Dice el artículo 324 de la ley Hipotecaria: *«Las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes, o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 de esta Ley. Cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano».*

El Estatuto de autonomía del País Vasco recoge en el artículo 14.1 *«la competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco se extiende:...e) A los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo vasco que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad».*

Que la resolución de recursos judiciales contra la calificación es competencia de los órganos radicados en la Comunidad Autónoma está fuera de toda duda y su tramitación se regirá por la Ley de Enjuiciamiento Civil. La cuestión que se plantea es si el interesado opta, como le permite la ley, por interponer un recurso ante la Dirección General que es un órgano administrativo, por lo que en defecto de lo previsto en la legislación hipotecaria, se aplicará la normativa de procedimiento administrativo. Dice la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas, 39/2015, en vigor desde el 2 de octubre de 2016, en su artículo 21.1, *«la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación».*

En el presente caso estamos ante un recurso interpuesto ante un órgano administrativo que dictará una resolución que una vez resuelto pone fin a la vía administrativa. Ante los órganos judiciales competentes se podrán presentar recursos contra la calificación, directamente si el recurrente descarta el recurso potestativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, o bien, contra las propias resoluciones que como



todo acto administrativo es revisaba en sede jurisdiccional. En el primer caso deberá ser demandado el registrador que emite la calificación, en el segundo, el Centro Directivo, según el criterio jurisprudencia fijado en casación por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo el 14 de enero de 2015.

Se da la circunstancia de que la Comunidad del País Vasco no tiene regulación propia sobre los recursos contra las calificaciones de los registradores como sucede en Cataluña.

Este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia en la Resolución de 6 de octubre de 2014, que si bien se refiere al Derecho gallego, es perfectamente aplicable ya que el precepto que determina la atribución de los recursos relativos a la calificación a los tribunales autonómicos con respecto a cuestiones de Derecho foral es idéntico en ambos Estatutos de Autonomía. Dice la Dirección General en dicha Resolución: *«Como cuestión previa, al versar este recurso sobre materia de derecho civil foral o especial ..., es necesario analizar la competencia de este Centro Directivo para la resolución del mismo, a la vista de lo que disponen los artículos 324 y 328 de la Ley Hipotecaria y el vigente Estatuto de Autonomía de Galicia. En efecto, del examen de los dos citados artículos resulta que para que esta Dirección General deba remitir un expediente a la Comunidad Autónoma de que se trate (en nuestro caso, País Vasco) por incompetencia de aquélla, ha de tratarse una materia de derecho civil propio de la Comunidad Autónoma que se hubiera reservado en su Estatuto de Autonomía, expresamente, competencia sobre recursos contra la calificación de registradores de la Propiedad, siendo además necesario que la Comunidad Autónoma en cuestión haya desarrollado esa competencia, pues en otro caso habrá de aplicarse la legislación hipotecaria. El artículo 22.1.e) del Estatuto de Autonomía de Galicia, aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, (idéntica redacción al art 14. 1 e) del Estatuto de Gernika) dispone que la competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende a los recursos sobre calificación de documentos referentes al derecho privativo gallego que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad, si bien dicha comunidad no ha regulado una instancia propia en fase de interposición, por lo que es de aplicación, hasta entonces, la regulación estatal contenida en la Ley Hipotecaria, y consiguientemente la primera instancia ante este Centro Directivo. De ahí que el interesado, en casos como el*



presente, podría optar entre interponer el recurso ante el órgano jurisdiccional civil o ante este Centro Directivo, de modo que de optarse por la primera vía sería el juez decano el que lo asignaría conforme a las reglas que procedan; pero si se interpone ante esta Dirección General, ésta tendrá que resolverlo sin remitirlo a órgano jurisdiccional alguno de la Comunidad Autónoma, por no existir previsión legal sobre ello».

La solución respecto del Derecho vasco debe ser necesariamente la misma, sin perjuicio de que en última instancia serán los tribunales de la Comunidad Autónoma 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.

3. La cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si puede inscribirse una escritura de partición de herencia en la que comparece únicamente el cónyuge viudo, cuando en el testamento se realiza un legado en atribución de la legitima a los padres del causante, hecho al amparo de la legislación anterior (Ley de 1 de julio de 1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco) cuando la ley vigente (Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco) en el momento del fallecimiento del causante, 10 de enero de 2016, no reconoce a los ascendientes derecho legitimario alguno.

Nos encontramos por tanto ante un conflicto intertemporal de leyes en el que se entremezclan varios elementos que deben dar solución a la cuestión de si el legado testamentario en atribución de la legitima anterior puede mantenerse, o debe reducirse imputándose a la parte de libre disposición con respeto a los derechos de los legitimarios, que en nuestro caso, como no hay descendientes, son únicamente los del cónyuge viudo.

Como ha dicho nuestro Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 31 de julio de 2007 y 1 de junio de 2016) *«no es posible entender que al fenómeno sucesorio, que comienza con la muerte de la persona, se le apliquen distintas Leyes según se vaya realizando (declaración de herederos en su caso, aceptación o repudiación de la herencia, partición y adjudicación, etc.) pues aquel fenómeno ha de guiarse por una Ley única. Se ha dicho autorizadamente que la fecha del fallecimiento será la que determina qué personas y en qué cuantía tienen derechos a su herencia como herederos o legatarios».*



La disposición transitoria primera de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco establece: *«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. Si un conflicto intertemporal no pudiera resolverse por las disposiciones anteriores, se tendrá en cuenta que las variaciones introducidas en esta ley no deben perjudicar los derechos adquiridos conforme a la legislación anterior».*

La disposición transitoria duodécima del Código Civil dispone que: *«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».*

De acuerdo con esta disposición transitoria duodécima la muerte de una persona es la que determina el nacimiento de los derechos a su herencia, de manera que el derecho aplicable es el vigente en ese momento.

Tratándose de sucesión testamentaria, como ocurre en el presente expediente, habiéndose otorgado testamento de acuerdo con la legislación anterior, pero falleciendo con posterioridad a su entrada en vigor, el Código Civil no declara la ineficacia del testamento, pero si queda reducida, estableciendo que los derechos de los herederos forzosos en las sucesiones abiertas con la nueva Ley se acomodan a ésta, salvando, en lo demás, las disposiciones testamentarias otorgadas antes de tal vigencia, conforme a la legislación anterior, siquiera reduciendo su cuantía. Como dice el apartado 42 de la Exposición de Motivos del Código Civil *«algo de excepcional ofrece también la regla 12ª, 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».

En definitiva, 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 su herencia como herederos, legitimarios, abintestato, testamentario, o legatario.

4. Si bien los ascendientes no tienen derechos legitimarios, se plantea ahora si la disposición testamentaria *«lego a mis padres lo que por legítima les corresponda»* puede imputarse, como defiende el registrador, a la parte de libre disposición.

Son muchas las maneras en las que se puede cumplir con los legitimarios en testamento, pero lo cierto es que la práctica habitual es realizarlo a través de un legado en el sentido recogido en esta cláusula, para después, como sucede en este caso, instituir herederos universales en el remanente de la herencia.

Se puede sostener que la condición de heredero tiene una *vis* atractiva sobre posibles legados vacantes. Así se deduce de artículos como el 888 del Código Civil al decir que *«cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer»*.

Siguiendo este criterio, puede deducirse que la voluntad del testador fue que la «porción vacante» derivada de la reducción de los derechos legitimarios legales corresponda a quien hubiese designado heredero frente a quien designa legatario. Más



dudoso sería si la legítima se hubiera atribuido sobre bienes concretos o por cuotas determinadas.

Extender la voluntad del causante más allá de la literalidad de la cláusula testamentaria, que parece claro que se realiza en atribución de la legítima, es una cuestión que no puede deducirse de una manera indubitada de una lectura del testamento. Es más, atendiendo al momento del otorgamiento, la voluntad del testador (debidamente asesorado por el notario autorizante) se forma con arreglo al contexto legislativo vigente en dicho momento, por lo que deducir que hubiera atribuido la mitad de los bienes de su herencia a sus padres de no haber existido esa legítima es difícilmente justificable.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

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, 6 de octubre de 2016 (1ª)