

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

11660 *Resolución de 8 de octubre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Benavente a inscribir una escritura de uso de poder testatorio.*

En el recurso interpuesto por don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente, Notario de Getxo, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Benavente, doña Marta Polvorosa Mies, a inscribir una escritura de uso de poder testatorio.

Hechos**I**

Se presenta en el Registro escritura otorgada ante el Notario de Guetxo, don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente, el día 4 de marzo de 2013. Dicha escritura es rectificadora por otra otorgada ante el mismo notario el día 17 de abril de 2013. En dicha primera, tras el fallecimiento de doña M. D. G. C., don D. J. V., en uso del poder testatorio que le había conferido su cónyuge, dona a sus hijos una serie de bienes y se adjudica una serie de bienes en pago del resto de su participación en la comunidad foral preexistente y de su haber como usufructuario de la herencia, sin reseña alguna a la condición de no contraer matrimonio que figuraba en el poder testatorio.

II

La escritura, antes de ser rectificadora, fue presentada telemáticamente el día 12 de marzo de 2013, asiento de presentación 868 del Diario 112, siendo aportada copia autorizada en soporte papel el día 22 de abril de 2013 y fue calificada negativamente el día 6 de mayo de 2013 con la siguiente nota: «Antecedentes de hecho. El veintidós de abril de 2013, se aporta por el presentador expresado, copia en soporte papel de la escritura autorizada el 04/03/2013 por el Notario de Getxo, don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente, número 506/2013 de protocolo, relativa al acto o título inscribible idéntico a la copia electrónica recibida telemáticamente, que fue presentada en el Libro Diario el doce de marzo del año dos mil trece. Acreditada la autoliquidación del Impuesto. Fundamentos de Derecho I. Conforme al art. 18 de la Ley Hipotecaria los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. II. Defectos que impiden la inscripción: 1.º En cuanto a la finca registral 2.500 del Ayuntamiento de Villaveza del Agua, hay que entender que es privativa de don D. J. V., pues la adquirió en estado de casado, por título de extinción de comunidad previa herencia y por ello no debe formar parte de los bienes integrantes de la herencia de la causante doña M. D. G. C. de conformidad con el art. 1346 C.C.. Lo anterior determina que no debe computarse su valor en la liquidación de la herencia, ni en la liquidación de los gananciales. 2.º Sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior, resulta que la descripción de la finca conforme resulta de la escritura no coincide en su situación, superficie y linderos con la descripción que consta en el Registro de la Propiedad, por lo que surgen dudas fundadas acerca de la identidad de la finca, de conformidad con lo que dispone el art. 298 RH. 3.º En cuanto a la misma finca, se dice que hoy existe construida una casa, sin que expresamente se solicite, en su caso, la inscripción de la declaración de Obra Nueva

antigua de conformidad con lo que dispone el art. 52 RD 1093/1997 y se acredite la autoliquidación del impuesto de TPAJD en la oficina competente. 4.º En cuanto a las fincas señaladas con los n.º 26 y 27 de orden de la escritura, se adjudican al viudo “en pago del resto de su participación en la sociedad de gananciales, y de su haber como usufructuario de la herencia” sin que se determine que bienes o que parte de los mismos se adjudican en uno u otro concepto, lo cual es necesario ya que según consta en el testamento de la causante se perderá el legado de usufructo si el viudo contrajera nuevas nupcias. Por tanto debe determinarse las adjudicaciones de bienes concretos que queden sujetas a esta condición de conformidad con lo que dispone el art. 51 RH. III. La presente nota de calificación se expide, por duplicado, para su notificación al presentador del documento, y al Notario o Funcionario autorizante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 322 de la Ley Hipotecaria y arts. 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Parte dispositiva. Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación, doña Marta Polvorosa Mies, Registradora de la Propiedad de Benavente, acuerda: 1.º Calificar el documento presentado en los términos que resultan de los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho reseñados. 2.º Suspender, en consecuencia, el despacho del documento presentado. 3.º Prorrogar el asiento de presentación de conformidad con el artículo 323 de la Ley Hipotecaria de forma automática por un plazo de sesenta días a contar desde la fecha de la última notificación, plazo durante el cual podrá solicitarse la anotación preventiva a que se refiere el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Contra el presente acuerdo (...) Benavente, seis de mayo del año dos mil trece. La registradora (firma ilegible), Fdo.: Marta Polvorosa Mies». El día 28 de mayo de 2013, se vuelve a aportar junto con la escritura de rectificación citada y vuelve a ser calificada negativamente con la siguiente nota: “Antecedentes de hecho I. El 12/3/2013 se presenta en este Registro copia de la escritura autorizada en Las Arenas, anteiglesia Getxo el 4/3/2013 por el Notario, don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente, número 506/2013 de protocolo. Calificada negativamente por mi el 6/5/2013. Prorrogada la vigencia del asiento. Devuelta el 28/5/2013 dentro del plazo de vigencia junto con la escritura de rectificación otorgada el 17/4/2013, ante el mismo Notario, número 797 de protocolo. Fundamentos de Derecho I. Conforme al art. 18 de la Ley Hipotecaria los registradores calificarán bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. II. Defectos que impiden la práctica de los asientos solicitados: Reportada, conforme se ha dicho en los antecedentes, la escritura objeto de la presentación junto con la de rectificación igualmente relacionada, se observa que los defectos señalados con los números 2, 3 y 4 de la nota de calificación de fecha 6 de mayo de 2013 no han sido subsanados. III. La presente nota de calificación se expide, por duplicado, para su notificación al presentador del documento, y al Notario o Funcionario autorizante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 322 de la Ley Hipotecaria y art. 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Parte dispositiva. Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación, doña Marta Polvorosa Mies, Registradora de la Propiedad de Benavente, acuerda: 1.º Calificar el documento presentado en los términos que resultan de los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho reseñados 2.º Suspender, en consecuencia, el despacho del documento presentado. Contra el presente acuerdo (...) Benavente, a seis de junio del año dos mil trece. La registradora (firma ilegible), Fdo.: Marta Polvorosa Mies”».

III

La anterior calificación fue recurrida por el Notario autorizante mediante escrito que tuvo acceso al Registro el día 15 de julio de 2013 con arreglo a lo siguiente: «(...) Uno de los defectos consignados en la nota de calificación, que es el único que se recurre (sin

que ello implique en absoluto conformidad con el contenido del resto de los alegados en la nota) es el de que, por remisión a la calificación previa realizada por la misma Sra. Polvorosa el 6 de mayo de 2013 (...) y respecto al mismo documento, las fincas adjudicadas al viudo en pleno dominio se le atribuyen "en pago del resto de su participación en la liquidación de sociedad de gananciales y de su haber como usufructuario en la herencia" y "sin que se determine qué bienes o que parte de los mismos se adjudican en uno u otro concepto, lo cual es necesario ya que según consta en el testamento de la causante se perderá el legado del usufructo si el viudo contrajera segundas nupcias". Estima en consecuencia la Sra. Polvorosa en su nota que, para que la escritura pueda acceder al Registro "deben determinarse las adjudicaciones de bienes concretos que queden sujetos a esta condición de conformidad con lo que dispone el art. 51 R.H.". Se cuestiona por tanto en el caso debatido simplemente si el cónyuge viudo de la causante, en unión de todos los herederos de la misma, de mutuo acuerdo, pueden, de conformidad con lo prevenido en el art. 1.058 del C. Civil, adjudicar al primero en pago de sus derechos en la disuelta sociedad conyugal y de su cuota usufructuaria el pleno dominio de determinadas fincas, sin especificar la parte de las mismas que se atribuye en el primero de los conceptos indicados (pago de los derechos del viudo en la sociedad conyugal) y la que se atribuye en el segundo (compensación por el valor del usufructo). Entiende la Sra. Polvorosa que, tal y como se ha indicado y se infiere de su nota, la falta de concreción apuntada provocará el efecto –presuntamente no deseado– de la imposibilidad de aplicación de la condición impuesta por la causante al testador consistente en la extinción del usufructo si el viudo y legatario contrajera nuevas nupcias. Obviamente, en opinión del recurrente, la Sra. Polvorosa no parece comprender el tenor literal de la escritura sometida a su calificación: La totalidad de los herederos y posibles únicos beneficiarios de la condición, mayores de edad con plena libertad de para administrar y disponer de sus bienes, dado que "podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente", tal y como posibilita el art. 1.058 del C. Civil, han decidido atribuir a su padre y cónyuge viudo en pago de sus derechos usufructuarios el pleno dominio de unas fincas determinadas, sin sujeción a condición alguna, de la que el legatario resulta, en consecuencia, liberado, por compensar los intereses de todas las partes intervinientes en el negocio el acuerdo alcanzado. De conformidad con el mismo los herederos reciben los bienes adjudicados en pleno dominio, al igual que el cónyuge viudo, con lo que gozarán de plena libertad para disponer unos y otros sin condicionante alguno y sin el gravamen del usufructo ni la nuda propiedad a nombre de terceros, respectivamente. Desde un punto de vista estrictamente doctrinal, la corriente más autorizada viene tradicionalmente exigiendo, para que las previsiones del citado art. 1058 del C. Civil tengan aplicación, la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1.º Que el testador no haya efectuado la partición ni encomendado su realización a contador partidor con carácter excluyente de que la efectúen los herederos. 2.º Que el causante no haya ordenado que se mantenga indivisión ni así lo hayan pactado los herederos, en tanto no haya transcurrido el plazo señalado o convenido. 3.º Que los acreedores no se opongan que se practique mientras no se paguen sus créditos. Y 4.º Que intervengan personalmente o debidamente representados, todos los que se hallen interesados en la partición. Todos los requisitos indicados concurren en el caso sometido a debate. En relación a la posición adoptada jurisprudencialmente al respecto, debe tenerse en cuenta especialmente la Resolución D. G. R. N. de 3 de octubre de 2011, en la cual se recuerda expresamente que "los herederos que tienen dichas cualidades exteriorizan debidamente el completo negocio celebrado que justifica jurídicamente el resultado perseguido respecto al exceso de adjudicación existente, con fijación de los derechos respectivos de los partícipes en la propia adjudicación, con el pago de la correspondiente compensación y con expresión de todos los elementos negociables que deben ser objeto de la calificación registral" y se confirma la inscribibilidad de la escritura de partición de herencia, aún cuando se incluyan excesos de adjudicación no previstos por el causante del testamento. En idéntico sentido se pronuncia el Centro Directivo en sus Rs. de 24 de septiembre y 18 de noviembre de 1998 en las que, tras afirmar que "los herederos

mayores de edad pueden verificar la partición del modo que tengan por conveniente (cfr. art. 1.058 del C. Civil) y que en principio no se advierte obstáculo para que los otorgantes, mayores de edad puedan transmitirse recíprocamente bienes por cualquier título adecuado (cfr. art. 209, 618 y ss. 1.261, 1.263 del C. Civil)” desestima los recursos planteados por razones no concurrentes en el supuesto que nos ocupa. En concreto en la primera de las resoluciones citadas porque “dado el contenido de la legítima en Formentera, el mero negocio de partición no puede justificar por sí solo las adjudicaciones realizadas”. Debe tenerse presente que en el supuesto planteado nos hallamos ante un legado sujeto a condición, no ante un problema legitimario, dado que es evidente que la legítima no puede ser gravada en ningún caso. Y en el supuesto contemplado en la segunda de las resoluciones apuntadas, porque “se asigna al haber hereditario una mayor cantidad de la que resultaría de aplicar el porcentaje que representa la titularidad de la naturaleza en el valor total (final) atribuido al bien inventariado. Es decir: se atribuye al adjudicatario un bien de valor superior al del derecho que le corresponde”. “Evidente discrepancia” que impide la estimación del recurso y fundamenta la corrección de la nota. Y ello es así, según criterio del Centro Directivo (aplicable al supuesto debatido) porque para la inscripción que se pretende del documento cuya calificación se recurre, solo puede exigirse: - “La existencia de una causa lícita para el negocio traslativo”, causa constituida en nuestro caso por la conmutación del derecho al usufructo por un bien en pleno dominio, de idéntico valor al del derecho conmutado, valor asignado de mutuo acuerdo por todos los interesados en la herencia de la causante. - Y “la constancia en el documento del negocio jurídico determinante del derecho real a inscribir” (arts. 9 de la L.H y 51 del Reglamento Hipotecario, invocado éste último por la Sra. Polvorosa). En nuestro caso el derecho real determinante es el pleno dominio, libre de cualquier carga, y su conmutación con permuta, lo que determina tanto el carácter oneroso del negocio como la validez del tipo negocial elegido (...)».

IV

La Registradora se mantuvo en su calificación, remitiendo el expediente a este Centro Directivo, con el preceptivo informe, con fecha 22 de julio de 2013.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 6, 166, 272, 790, 791, 839 y 888 del Código Civil; 18 y 34 de la Ley Hipotecaria; 15 y siguientes de la Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava; 32 y siguientes de la Ley 3/1992, de 1 julio, del Derecho Foral del País Vasco; las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1924, 28 de junio de 1962, 19 de junio de 1997, 23 de febrero de 2002, 18 de marzo de 2008 y 8 de junio de 2011; y las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 24 de septiembre y 18 de noviembre de 1998, 17 de mayo y 19 de septiembre de 2002, 23 de abril de 2005, 14 de septiembre de 2009, 3 de octubre de 2011, 18 de mayo de 2012 y 29 de enero, 19 de abril y 18 de junio de 2013.

1. Son cuestiones relevantes para la resolución de este recurso las siguientes:

a) Doña M. D. G. C., de vecindad civil vizcaína, en testamento otorgado el día 26 de marzo de 1979 lega a su cónyuge, don D. J. V. el usufructo universal de todos sus bienes; además, le confiere poder para que ocurrido su fallecimiento pueda disponer libremente de todos sus bienes, o parte de los mismos, por donación o testamento, en una o varias veces, a favor de sus hijos comunes o descendientes legítimos de éstos, con los apartamientos que tenga a bien establecer, perdiendo estas facultades y el legado de usufructo si contrae nuevas nupcias; por último, en cuanto a los demás bienes de que el cónyuge no hubiese dispuesto en uso de tal poder, instituye y nombra por sus únicos y universales herederos a sus hijos, y los que pudiese tener en lo sucesivo, con sustitución

vulgar a favor de sus respectivos descendientes legítimos en caso de premoriencia o incapacidad.

b) Fallecida doña M. D. G. C., don D. J. V. en uso del poder testatorio dona a los hijos instituidos herederos una serie de bienes que aceptan; se adjudican bienes como consecuencia de la liquidación de la comunidad foral disuelta, y en pago del resto de su participación en la comunidad foral disuelta y de su haber como usufructuario de la herencia, se adjudica en pleno dominio una serie de bienes inmuebles. La adjudicación no se sujeta a condición alguna.

De los varios defectos señalados en la nota de calificación tan sólo se recurre uno, al que en consecuencia se limita el objeto de la presente Resolución (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), por el que la registradora cuestiona que el cónyuge viudo de la causante pueda adjudicarse en pago de sus derechos en la disuelta comunidad conyugal y de su cuota usufructuaria el pleno dominio de determinadas fincas, libre de la condición impuesta por la testadora, y sin especificar la parte de las mismas que se atribuye en el primero de los conceptos indicados (pago de los derechos del viudo en la sociedad conyugal) y la que se atribuye en el segundo (compensación por el valor del usufructo). El recurrente, por el contrario, entiende que la partición tiene carácter contractual y que las adjudicaciones debatidas se amparan en el artículo 1.058 del Código Civil.

2. Varias son las cuestiones que suscita el supuesto de hecho planteado: 1.º) si puede el cónyuge sobreviviente en uso del poder testatorio conmutar el usufructo y adjudicarse los bienes en pleno dominio y libre de toda condición; 2.º) si no pudiendo hacerlo unilateralmente, es posible verificar tanto la conmutación como la atribución libre de toda condición con el consentimiento de los herederos instituidos; y, 3.º) Por último, si la mera comparecencia de los herederos para aceptar una donación implica su consentimiento a las operaciones contenidas en el título presentado.

3. Los artículos 15 y siguientes de la Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, norma vigente en el momento de otorgamiento del testamento, regulaban para Vizcaya el testamento por comisario. En la actualidad la Ley 3/1992, de 1 julio, del Derecho Foral del País Vasco, determina su régimen jurídico en los artículos 32 y siguientes. Con independencia de las modificaciones de esta última norma, existe un denominador común y que estructura la institución: El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el otorgante en el testamento y, en su defecto, tendrá las facultades que al testador corresponda según los preceptos de las mismas leyes citadas (cfr. artículos 17 de la Compilación y 35 de la Ley 3/1992). Así, este último precepto dispone con claridad que «el comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio, y, en su defecto, tendrá las facultades que al causante corresponden según los preceptos de este Fuero». Y en este sentido el comisario podrá adjudicarse a sí mismo los bienes que le pudiese haber atribuido por testamento el causante, así como aquellos que le corresponderían en el caso de sucesión intestada o a falta de ejercicio del poder testatorio (cfr. artículo 38 de la citada Ley 3/1992).

4. En el Derecho común (de aplicación supletoria en este ámbito conforme a lo previsto en el artículo 3, apartado 1, de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco), la conmutación de un legado de usufructo universal en bienes inmuebles no constituye una facultad estrictamente particional o divisoria. El contador-partidor no puede verificar la misma unilateralmente. Como señaló este Centro Directivo en su Resolución de 17 de mayo de 2002, «puesto que la atribución testamentaria al cónyuge viudo tiene el carácter de legado, el contador debe limitarse a entregarlo tal como ha sido configurado (cfr. artículos 506, 507 y 510 del Código Civil), si procede (cfr. artículos 885, 902, 1.025 y 1.027 del Código Civil), sin poder alterar su contenido, pues tal alteración trasciende claramente al cometido particional que se le confiere, en cuanto supone una manifestación de la personalísima facultad de testar (cfr. artículos 667, 668, 670 y 671 del Código Civil) que el albacea contador tiene que respetar (cfr. artículo 902.3 del Código Civil); en

consecuencia, esa alteración sólo puede ser ya el resultado de un acuerdo entre el legatario y los herederos, sin que en tal negocio pueda prescindirse de la intervención de éstos por la actuación del albacea (artículos 902 y 1.259 del Código Civil)». Así resulta también de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que ha declarado nula de pleno derecho la partición que infringe lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, «que determina las formas en que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en usufructo, sin que lógicamente puedan atribuirse para ello bienes en propiedad sin el consentimiento de todos los herederos».

Nos encontraremos, por tanto, ante un negocio de naturaleza dispositiva que puede superponerse al particional y realizarse simultáneamente con éste o separadamente (cfr. artículos 166, 272 y 839 del Código Civil, Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962 y 8 de junio de 2011 y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de mayo de 2002). Esta doctrina es plenamente aplicable al Derecho Foral de Vizcaya en el que la Ley 3/1992 sólo establece una peculiaridad para la conmutación en el artículo 58, en relación con bienes troncales, que nada tiene que ver con el supuesto de hecho planteado, por lo que ha de acudir a la aplicación supletoria del Código Civil y demás normas de aplicación general, así como a la doctrina recaída en su interpretación, según se señaló «supra».

5. La primera cuestión queda, pues, resuelta de modo claro. Tanto la atribución de bienes en pleno dominio, como la exclusión o liberación de la condición impuesta al cónyuge sobreviviente y comisario, exceden con claridad de las facultades atribuidas a éste, pues la Ley Foral 3/1992 impone como primer canon a que ha de sujetarse el desempeño del cargo de comisario «lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio», remitiéndose tan sólo en defecto de disposición testamentaria a las facultades que al causante corresponden conforme a los preceptos de la citada Ley. Y en este sentido ha de recordarse que las facultades de interpretación del testamento por parte de contador o comisario, como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo, lo son siempre que no se extralimiten del tenor del propio testamento (cfr. Resoluciones de 21 de marzo de 2005 y 29 de enero de 2013).

Sólo dentro de esos límites cabe entender que el comisario, cargo que designa el testador como complemento de la organización testamentaria de la sucesión, con la virtualidad de dirigir, encauzar y realizar el proceso de transmisión de los bienes relictos, está investido de su especial «potestas» que le atribuye legitimación para actuar hasta agotar el proceso partitivo que se ultima con la distribución y adjudicación del caudal relicto (vid. Resolución de 18 de junio de 2006).

Criterio que resulta igualmente aplicable al ámbito del comisario designado en virtud de poder testatorio, sujeto al Derecho foral de Vizcaya, pues si bien sus facultades trascienden las meramente particionales, al comprender también las relativas a la designación de sucesor, designación que podrá ejercitar el comisario por actos «inter vivos» (como sucede en el presente supuesto) o «mortis causa», a título universal o singular, sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador (cfr. artículos 32 y 46 de la Ley Foral 3/1992), sin embargo el ejercicio de todas las facultades conferidas deben sujetarse, como se ha dicho, a lo ordenado por el causante en su testamento, testamento que en ningún caso puede revocar el comisario, pudiendo adjudicarse a sí mismo exclusivamente los bienes atribuidos por el causante, y no otros ni en forma diferente a la ordenada en testamento (cfr. artículos 37 y 38 de la citada Ley). En este sentido, resulta significativo, en cuanto a la imposibilidad de que el comisario se libere a sí mismo de la condición impuesta por el causante (tanto respecto del legado de usufructo, como respecto del mismo poder testatorio), que el Derecho foral haya elevado a causa legal de extinción de dicho poder el hecho de que «el cónyuge-comisario contraiga ulteriores nupcias, lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo que el testador hubiere dispuesto expresamente lo contrario» (vid. artículo 48 número 4). Todo ello no hace sino confirmar que tanto la conmutación del usufructo como la liberación de la condición no pueden ser realizadas unilateralmente por el comisario.

6. No discrepa de este planteamiento el recurrente, sino que entiende que estamos ante una partición contractual y no por comisario, y que en este sentido encuentra amparo en el artículo 1.058 del Código Civil, en cuya virtud, concurriendo al otorgamiento la totalidad de los herederos, mayores de edad y con plena libertad de para administrar y disponer de sus bienes, estos «podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente».

Ciertamente, es doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo (Sala Primera), reflejada en su Sentencia de 19 de junio de 1997, a la que se remite la de 18 de marzo de 2008, recaída en la interpretación del citado artículo 1058 del Código Civil, que este precepto «proclama una decidida libertad jurídica en cuanto autoriza a los herederos mayores de edad, que tuvieran la libre administración de sus bienes, a llevar a cabo la distribución de la herencia de la manera que tengan por conveniente, sin limitaciones ni condicionamientos, salvo las que hacen ineficaces los negocios jurídicos sucesorios y con los efectos que atribuye el artículo 1.068. Esta facultad divisoria es tan amplia que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, con lo que se trata más bien de actos de disposición que de partición».

Por su parte, este Centro Directivo también ha proclamado que los herederos mayores de edad pueden verificar la partición del modo que tengan por conveniente y que, en principio, no se advierte obstáculos para que los otorgantes, mayores de edad, puedan transmitirse recíprocamente bienes por cualquier título adecuado (cfr. Resoluciones 24 de septiembre y 18 de noviembre de 1998 y 3 de octubre de 2011). Ahora bien, estos actos dispositivos celebrados con ocasión de la partición quedan sujetos al requisito, conforme a las reglas generales de los contratos, de que el título presentado revele de modo claro la causa que justifica la atribución patrimonial contenida en el mismo. Así lo impone a) la exigencia de una causa lícita y suficiente para todo negocio traslativo (cfr. artículos 1274 y siguientes del Código Civil); b) la extensión de la calificación registral a todos los extremos determinantes de la validez del negocio inscribible (artículo 18 de la Ley Hipotecaria); c) la necesidad de reflejar en el Registro de la Propiedad el negocio jurídico determinante del derecho real a inscribir (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario); d) las distintas exigencias en cuanto validez de los diferentes tipos negociales, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido (advértanse las diferencias entre las adquisiciones a título oneroso y las realizadas a título gratuito, así en parte a su protección cfr. artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 1297 del Código Civil como en su firmeza, cfr. artículos 644 y siguientes del Código Civil); y, e) en suma, la necesaria claridad, congruencia y precisión en la configuración de los negocios jurídicos inscribibles, de modo que quede nítidamente perfilado el contenido y alcance de los derechos constituidos cuyo reflejo registral se pretende (vid. artículos 9, 21 y 31 de la Ley Hipotecaria).

Por tanto, partiendo de la doctrina antes citada, no puede realizarse objeción alguna a que los herederos mayores de edad y el legatario de un usufructo universal puedan, de común acuerdo, conmutar éste por bienes inmuebles, siempre que este acuerdo resulta de modo claro e indubitado del título presentado.

7. Cuestión distinta es la de si pueden los mismos interesados prescindir en la adjudicación de las condiciones impuestas por el causante, en este caso la de no contraer ulterior matrimonio. Tratándose de condiciones resolutorias impuestas al legatario de usufructo, el cumplimiento de la condición va a implicar que los bienes o derechos adjudicados acrezcan a la masa hereditaria (cfr. artículo 888 del Código Civil). Este acrecimiento tendrá carácter retroactivo a la apertura de la sucesión, puesto que el artículo 790 del Código Civil permite condicionar la disposición testamentaria y que su artículo 791 lleva, en tal supuesto, al régimen de los contratos para lo no previsto en la Sección de la que el precepto forma parte (cfr. artículos 790 y 791 del Código Civil y Sentencias del Tribunal Supremo 8 de julio de 1924 y 23 de febrero de 2002). Si todos los herederos, integrantes de la comunidad hereditaria prestan su conformidad junto con el

legatario, no parece que pueda negarse esta posibilidad, toda vez que la atribución de los bienes libres de la condición supone la renuncia al derecho que les asiste a aquel potencial acrecimiento. Téngase en cuenta que al disolverse el matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges, con hijos comunes, se consolida la comunidad foral y se transforma en comunidad de bienes entre el cónyuge viudo y los hijos y herederos sucesores del premuerto, hasta la división y adjudicación de los bienes (cfr. artículo 104 de la Ley 3/1992 de 1 julio, del Derecho Foral del País Vasco). Por otra parte, el cumplimiento de la condición va a implicar que quede sin efecto no sólo el legado de usufructo, sino también el mismo poder testatorio de tal manera que la institución de herederos, sustitutoria, supletoria o preventiva con arreglo al testamento, cobra pleno efecto. Distinto es el caso de que se trate de una disposición testamentaria sin beneficiario (v.gr. prohibición de disponer, de mantener indivisa la herencia); en estos casos no es posible prescindir de las mismas, toda vez que esa disposición integra el régimen jurídico de la atribución que se efectúe.

8. Resta por determinar, si del título presentado resulta con claridad tanto el negocio de conmutación de usufructo como la renuncia efectuada de los beneficiarios de la condición. La contestación no puede ser positiva. La escritura se califica de uso de poder testatorio; don D. J. V. haciendo uso parcial del poder testatorio y como comisario se adjudica los bienes en la forma antedicha; los hijos y herederos comparecen en la escritura sólo para aceptar la donación que a su favor se hace. De ello no puede inferirse el consentimiento de los mismos al negocio de conmutación del usufructo como pretende el recurrente, ni siquiera puede inferirse que ha habido una clara voluntad de exclusión de la condición o que esta exclusión se trata de un error. Por ello, todos estos extremos deben ser aclarados y, en consecuencia, el recurso no puede ser estimado. Recuérdese que en el ámbito del Registro de la Propiedad no caben los consentimientos tácitos o presuntos, y que el silencio (pues silencio hay en relación con los actos de conmutación y de liberación de la condición impuesta), como ha señalado este Centro Directivo en ocasión anterior, sólo puede ser admitido como declaración de voluntad tácita de conformidad cuando así lo establece la Ley o cuando la persona a la que se le comunica o tiene conocimiento de determinada decisión tiene obligación de contestar (vid. Resolución de 29 de enero de 2013). Esta proscripción de los consentimientos tácitos o presuntos en el ámbito del Registro de la Propiedad entronca con el hecho de que nuestro sistema registral, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (vid. por todas la citada Resolución de 29 de enero de 2013), se basa en los principios de presunción de exactitud y de fe pública registral, en virtud de los cuales, la inscripción se convierte en inatacable respecto a terceros que hayan confiado en el contenido de los asientos registrales si cumplen los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que requiere indudablemente que exista la previa calificación registral de legalidad que comprende no sólo los actos claramente ilegales sino los que determinan dudas sobre su eficacia o sobre la fijación de los hechos que constituyen una condición, o uno de los elementos (tan esencial como el consentimiento) que integran el negocio que constituye el título material que se pretende inscribir.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado confirmar la nota de calificación recurrida y desestimar el recurso interpuesto, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

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, 8 de octubre de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.