

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 180** *Resolución de 12 de diciembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Orihuela nº 4, por la que se deniega la inscripción de una donación no colacionable con prohibición de disponer.*

En el recurso interpuesto por don Antonio Botía Valverde, notario de Callosa de Segura, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Orihuela número 4, don Martín José Brotons Rodríguez, por la que se deniega la inscripción de una donación no colacionable con prohibición de disponer.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante el notario de Callosa de Segura, don Antonio Botía Valverde, el día 1 de julio de 2016, bajo el número 1.375 de protocolo, se formalizó donación por don J. M. F. R. a favor de sus hijos, doña A., doña C. y don J. G. F. M.

En el otorgamiento tercero, párrafo segundo, se dice: «El donante ordena que la donación aquí recogida sea imputable, por este orden, a los tercios de mejora, libre disposición y legítima, ordenado que no sea coleccionable».

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Orihuela número 4, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Escritura de donación otorgada el uno de julio de dos mil dieciséis, ante el Notario de Callosa de Segura, don Antonio Botia Valverde, número 1375 de protocolo. I.–Hechos. Presentada telemáticamente el día uno de julio de dos mil dieciséis, bajo el asiento número 280 del libro Diario 75, habiéndose aportado copia en soporte papel el cuatro de julio de dos mil dieciséis. En el otorgamiento 3, párrafo 2 se dice “El donante ordena que la donación aquí recogida sea imputable por este orden a los tercios de mejora, libre disposición y legítima, ordenado que no sea colacionable” II.–Fundamentos de Derecho. El artículo 18, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria dice: “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.” III.–Resuelvo.–En dicho párrafo se ve claramente que hay una contradicción en cuanto a la naturaleza de la condición, si por un lado se dice que se imputará en primer término al tercio de mejora y luego sucesivamente a los de libre disposición y legítima, quiere decirse que la donación es colacionable y a pesar de ello se ordena que no sea colacionable. Esta contradicción provoca una nulidad de la donación pues el aceptante no puede saber si ella supone un beneficio frente a otros herederos o simplemente es un adelanto de su haber hereditario. Lo dicho provoca que no se pueda inscribir la escritura mientras no se resuelva dicha contradicción. El defecto es subsanable. IV.–Medios de impugnación. Contra la presente nota (...) Orihuela, a 26 de julio de 2016. El Registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Callosa de Segura, don Vicente Serna Martínez, quien confirmó la calificación del registrador de la Propiedad de Orihuela número 4 con fecha 18 de agosto de 2016.

IV

Don Antonio Botía Valverde, notario de Callosa de Segura, interpuso recurso contra la nota de calificación sustituida el día 15 de septiembre de 2016 con base, entre otros, en los siguientes argumentos: «Fundamentos jurídicos: Primero (...) Segundo: Pasando al estudio del único defecto de la nota relativo a la contradicción entre la imputación al tercio de mejora y después a los de libre disposición y legítima y que sea no colacionable lo que según la nota de calificación “provoca una nulidad de la donación pues el aceptante no puede saber si ella supone un beneficio frente a otros herederos o simplemente es un adelanto de su haber hereditario” (...) pasando al fondo del asunto, debe tenerse en cuenta que, como antes dijimos, en nuestro Código Civil está proscrita la sucesión contractual (art. 658) aunque a los efectos tanto de legítimas (art. 818) como de la partición entre coherederos forzosos (art. 1035) dichas donaciones tendrán una repercusión “cuando se produzca el fallecimiento” (art. 654 CC), momento para determinar las legítimas en sus aspectos subjetivos (legitimarios) y objetivos (valoración de los bienes del “relictum” y de las donaciones hechas en vida a ambos efectos a los efectos del art. 818 de manera imperativa, siendo el valor en el momento de la partición a los efectos del 1035 del Código Civil conforme al art. 1045 CC, salvo disposición del causante). Las repercusiones “mortis causa” de las donaciones “inter vivos” a los efectos tanto de legítimas (art. 818) como de la partición entre coherederos forzosos (art. 1035) lo serán cuando se abra la sucesión y por ello señala el CC para el primer supuesto (único que regula a estos efectos por su carácter de “*ius cogens*”) que incluso en el caso de que fuera inoficiosa y hubiera de reducirse ello no obstante «esta reducción no obstará para que tenga efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos» (art. 654,1º CC) remachando el art. 655 CC como los que tengan derecho a ejercitar dicha acción de reducción por inoficiosidad “no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento a la donación”. Lo anterior tiene un fundamento claro: que la donación “inter vivos” sea un título para transmitir en vida la propiedad de los bienes (art. 609 CC) y que, tras el fallecimiento del donante, pueda producir ciertos efectos en la herencia del mismo de tal manera que puede producirse tras dicho fallecimiento, que no antes, la ineficacia de la misma, total o parcial (reducción por inoficiosidad) ello, insistimos, no significa que en vida donante y donatario puedan pactar nada al respecto de dicha eficacia al estar proscrita la sucesión contractual siendo justamente el antes citado artículo 655 una prueba palpable de ello. Así, el donatario puede aceptar o no una donación pero lo que el donatario no puede ni aceptar ni dejar de aceptar son sus efectos a efectos de imputación a cualesquiera de los tercios de legítima estricta, mejora y libre disposición ni a efectos de partición (sería aceptar un pacto sucesorio), lo que depende de la voluntad exclusiva del donante, que además es revocable como se deduce del propio art. 827 CC (que los dos registradores de la propiedad calificadores han omitido) cuando señala que “la mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero”, lo que significa, dejando aparte ahora la referencia a las capitulaciones o al contrato oneroso que no es el presente caso, que la donación produce todos sus efectos y que la imputación a los efectos de mejora (que como señala la doctrina es un tercio de libre disposición a favor de hijos y descendientes), como a cualquier otro tercio (legítima o libre disposición), depende de la voluntad libérrima, unilateral y revocable del donante. Así pues, el donatario, tiene que aceptar o no la donación, pero no puede ni aceptar ni dejar de aceptar la imputación al tercio que decida el testador, y la que recoja de escritura de donación (si no la hace entiende la doctrina que se imputaría en por este orden a la legítima, mejora y libre

disposición) puede ser alterada posteriormente observando la forma testamentaria, y es por eso en el presente caso la donación es irrevocable (a salvo las causa legales de los art. 644 y siguientes CC) y los donatarios son propietarios del inmueble desde el día del otorgamiento de la escritura, pero el donante podrá mientras viva en testamento alterar el orden de imputación en sentido diferente al de la donación de manera unilateral sin precisar el consentimiento de los donatarios, ni tan siquiera su conocimiento. Y si eso es así a los efectos del art. 818 CC, de naturaleza imperativa, obviamente también lo es a los efectos del art. 1035 CC, de naturaleza dispositiva. Es más, en la escritura calificada por mi autorizada la imputación a los efectos del art. 818 y la computación a efectos del 1035 se recoge en párrafo posterior al del consentimiento de los donatarios, en tanto que estos consienten la transmisión del dominio pero no la imputación ni la computación. - En tercer lugar (*sic*) sobre la contradicción entre el orden de imputación y el de computación no alcanza a comprenderse donde se encuentra la contradicción que señala el señor registrador de la propiedad, no ya porque como dice la doctrina el tercio de mejora tenga la consideración de «libre disposición» entre legitimarios y sus descendientes sino sobre todo porque es confundir instituciones que, como antes dijimos, tienen naturaleza, fundamento y presupuestos diferentes y por ello no existe ningún obstáculo jurídico para que incluso pudiera una donación ser imputable en primer lugar al tercio de legítima estricta y ser no colacionable, sin perjuicio de que la doctrina entienda que ante la falta de manifestación del donante/testador se pueda presumir ciertas imputaciones o computaciones, y así, por ejemplo, algunos autores entienden que el hecho de que en una donación el donante ordene que no sea colacionable a efectos de partición se puede entender como una «mejora tácita». No deja de tratarse de una labor de interpretación de la voluntad del donante/testador ante la falta de manifestación expresa de éste, que es justamente lo que se trata de evitar en el documento objeto del presente recurso en el que de manera clara se ha recogido la voluntad del donante, revocable por supuesto como antes dijimos, a efectos de imputación legitimaria y colación particional, tendiendo a evitar esas conjeturas e interpretaciones tras su fallecimiento».

V

El registrador emitió informe el día 22 de septiembre de 2016 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 782, 813, 815, 818, 819, 828, 992, 1246, 1263 y 1035 del Código Civil; la ley 463 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989, 17 de diciembre de 1992, 28 de septiembre de 2005 y 24 de enero de 2008.

1. Se trata de determinar si una donación puede ser al mismo tiempo no colacionable y fijándose el orden de imputación de la misma a los tercios de libre disposición, mejora y legítima.

2. No existe contradicción alguna entre los conceptos de colación e imputación pues son instituciones diferentes.

Sirva de recuerdo y ejemplo de compatibilidad lo dispuesto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de enero de 2008, cuando dice: «El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*; así lo dicen expresamente las sentencias de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005 y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990, 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997. Artículo 818 del Código civil. La atribución es el pago de la legítima, por cualquier título; como herencia, como legado o como donación. Artículos 815 y 819 del Código civil. La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las sentencias

citadas, de 31 de abril de 1990 y 28 de septiembre de 2005. Artículo 819 del Código civil, que se refiere a la imputación de las donaciones. Distinto de todo ello es la colación. Este es un tema de cálculo de legítima, cuando hay varios legitimarios y es, sencillamente, como la define la sentencia de 17 de diciembre de 1992, la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado; o, más precisamente, la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurren en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de éste, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición, como dice el artículo 1035 del Código civil. El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código civil. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación».

Además, el artículo 818 en su párrafo segundo utiliza la expresión «colacionables» en sentido impropio. En realidad, como sostiene la doctrina, la expresión «colacionables» en el precepto quiere decir computables, pues si a la expresión «colacionables» se le diera el sentido técnico del artículo 1035 del Código Civil, las donaciones hechas a extraños no deberían tenerse en cuenta para saber si la donación ha sido inoficiosa, cuando no hay duda de que la regla contenida en el párrafo segundo tiene, precisamente, esa finalidad, averiguar el *quantum* global mediante la suma del valor de las donaciones inter vivos al patrimonio relicto neto.

A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que para que procedan todas y cada una de las operaciones señaladas es necesaria la presencia de un causante, por lo que vivo el donante no cabe plantearse problema alguno de colación o imputación, que difieren al tiempo del fallecimiento y de la partición tanto la colación como la imputación, la reducción por inoficiosa y la fijación de legítimas. No se olvide que la legítima no es un derecho latente, un derecho potestativo o una situación jurídica secundaria, sino tan solo un freno a la libre facultad dispositiva del testador o donante cuyos efectos se verán al tiempo del fallecimiento.

En consecuencia, este defecto debe ser revocado.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

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, 12 de diciembre de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.