

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 1022** *Resolución de 11 de enero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad accidental de Sueca, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones particionales por contador-partidor y de adición de otra herencia.*

En el recurso interpuesto por don R. D. P., abogado, en nombre y representación de don F. y doña R. M. P. D., contra la calificación del registrador de la Propiedad accidental de Sueca, don Silvino Navarro Gómez-Ferrer, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones particionales por contador-partidor y de adición de otra herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Valencia, don José Alicarte Domingo, el día 15 de noviembre de 2016, con el número 2.748 de protocolo, se otorgó escritura de protocolización del cuaderno que recoge las operaciones particionales ocasionadas por el óbito de doña M. D. A., fallecida el día 30 de agosto de 2014. La causante falleció en estado de viuda y dejó cinco hijos llamados don J., don J. L., don C., don F. y doña R. M. P. D. En el último testamento de la causante, de fecha 18 de diciembre de 2007, ordenó las disposiciones siguientes: «(...) Lega a sus don J., don J. L. y don C. P. D., lo que por legítima les corresponda. Ordena la testadora que dicha legítima les se satisfeca en dinero metálico»; prelega a sus hijos, don F. y doña R. M. P. D., por partes iguales, con cargo al tercio de legítima estricta y si excediere, con cargo a los tercios de mejora y de libre disposición, los derechos y obligaciones sobre vivienda en El Perelló; instituye por sus únicos herederos universales a sus dos citados hijos, don F. y doña R. M. P. D., sustituidos por sus descendientes; para el caso de que los herederos no se entendieren o existieren en la herencia menores, incapacitados o ausentes, nombra contador-partidor con las más amplias facultades, incluso la de entregar legados y con la prórroga del plazo legal por seis años más, a don R. D. P. El hijo don J. P. D. falleció el día 26 de septiembre de 2014, sin aceptar ni repudiar la herencia, dejando a su vez una única heredera, doña Y. P. S. Intervinieron al otorgamiento de la citada escritura el contador-partidor designado en el testamento y los dos hijos instituidos herederos, no concurriendo los otros dos hijos ni la heredera del tercer hijo fallecido después, a los que se ha legado la legítima que les correspondiera, ordenando que fuera satisfecha en metálico. En la citada escritura se hizo, además, una adición a la herencia del difunto esposo de la causante, llamado don B. P. G., fallecido el día 6 de mayo de 1995, que había instituido herederos a los cinco hijos por partes iguales, si bien, se había renunciado a su herencia por parte de la viuda y de los tres hijos don J., don J. L. y don C. P. D. En las hijuelas de adjudicación de la herencia de la causante, a los legatarios de cuota legítima en metálico, a falta de dinero metálico en el caudal hereditario, se les adjudicó en pago de la misma, una participación, a cada uno de ellos, del 13,854% sobre una finca situada en de Santa Cruz de Moya. En la escritura se requirió al notario para que, por medio de correo certificado con acuse de recibo, procediera a la notificación del cuaderno particional mediante envío de copia simple de la escritura a los dos hijos no comparecientes y a la heredera del tercero que había fallecido, lo que así se practicó por diligencia separada.

II

La referida escritura, tras diversas presentaciones, se presentó de nuevo en el Registro de la Propiedad de Sueca el día 1 de septiembre de 2017, y fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Sueca Hechos Primero.—En virtud de escritura autorizada por el Notario de Valencia Don José Alicarte Domingo, el 15 de nombre de 2016, con número 2.748 de su protocolo, se procede a la protocolización del cuaderno particional de la herencia de M. D. A. y adición de herencia del causante B. P. G. en favor de sus herederos. Segundo.—Copia autorizada de la citada escritura, fue presentada en este Registro de Sueca, el día 1 de septiembre de 2017, causando el asiento 397 del Diario 262. Fundamentos de Derecho Se ha apreciado, tras examinar el documento presentado, previa su nueva calificación registral -conforme a los artículos 18 y concordantes de la Ley Hipotecaria-, los siguientes defectos subsanables: Primero.—Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, entre las facultades del contador-partidor se entiende incluida la de interpretar el testamento, como presupuesto del desempeño de las funciones que le corresponden, y tal interpretación tan sólo podrá rechazarse en sede registral si resulta que claramente ha prescindido de las pautas que impone el artículo 675 del Código Civil, al margen de la impugnación judicial de que en cualquier caso puede ser objeto (cfr. las Resoluciones de 24 de marzo de 2001; 19 de septiembre de 2002; 26 de febrero de 2003, y 31 de marzo de 2005 y 11 julio 2013, entre otras). En el presente caso el contador partidor decide prescindir de lo ordenado en el testamento relativo al pago en metálico de la legítima estricta a los tres legitimados no comparecientes y por tanto parece que son los herederos los que hacen ejercicio de la facultad prevista en el artículo 842cc que requeriría el cumplimiento de la aprobación de los descendientes o del letrado de la administración de justicia o del notario. Art. 842, 843 y 1058 y ss CC. Se trata por tanto de una decisión del contador partidor que excede de las facultades de contar y partir ya que el metálico para el pago de las legítimas en dinero ordenadas por la testadora no tiene que existir en la herencia tal y como tiene declarada la STS 22 octubre de 2012 y la R13 febrero de 2015. En el caso de haberse ordenado el pago de la legítima en metálico debería haberse observado asimismo la necesidad de dicha aprobación prevista en el artículo 843 CC y 80.2 RH. R 18 julio de 2016. En el caso de que se hubiera limitado a realizar el pago en metálico el contador partidor debería haber cumplido, además de lo anteriormente mencionado relativo a la aprobación por letrado de la administración de justicia o por el notario, las notificaciones del artículo 844CC que no han sido realizadas en plazo ni el pago en metálico en el plazo de otro año más que tampoco fue realizado en plazo. Y por tanto no podría ser admitida dicha opción de pago en metálico como indica el artículo 844. No se acompaña la justificación de la condición de Y. como hija del legitimado postmuerto J. acuerdo se acuerda suspender la inscripción de la precedente escritura, por las causas y en los términos que resultan de la presente nota de calificación; asimismo, se hace constar que no se ha procedido a la práctica de anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable por no haberse solicitado expresamente (artículos 42.9.º y 65, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria). Contra la expresada calificación (...) Sueca, a veinticinco de septiembre del año dos mil diecisiete. El Registrador (firma ilegible), Fdo.: Silvino Navarro Gómez-Ferrer».

III

Contra la anterior nota de calificación, don R. D. P., abogado, en nombre y representación de don F. y doña R. M. P. D., interpuso recurso el día 26 de octubre de 2017 en el que, en síntesis, alega lo siguiente: Primero.—Que, aun cuando la testadora ordenó que la legítima fuera satisfecha en dinero metálico, no entendiéndose los herederos sobre la forma de partir y no habiendo dinero suficiente para cumplir lo ordenado por la testadora, se realiza la partición en forma ordinaria conforme los 1057 y 1061 del Código Civil; Segundo.—Que el contador-partidor, en su función de partir, ha de buscar que, en lo posible, la partición se ajuste a la voluntad del testador, pero, que si en el caudal partible no existe metálico suficiente para cumplir lo expresado por el testador, lo que no puede es

obligar a los herederos a que paguen la deuda con dinero extra hereditario, ni tampoco puede obligar a que se realicen los bienes de la herencia para generar dinero con el que atender a la voluntad expresada de forma genérica en el testamento, ya que esto sería perjudicial para ellos en vez de un beneficio; Tercero.—Que el contador y los herederos no han ejercitado la facultad concedida por el artículo 841 del Código Civil, ya que los herederos no lo han hecho en el plazo legal, y del testamento no se desprende que se le haya expresamente autorizado por el testador al contador para realizar el pago en dinero a los legitimarios, y Que la comparecencia de los herederos a la escritura lo ha sido para la adición a la herencia de su padre, y Cuarto.—Que el supuesto del artículo 842 del Código Civil no es facultad del contador, sino de los herederos, que tienen un plazo para cumplir el supuesto, esto es, un año para comunicar y otro para pagar, y siendo que ha transcurrido dicho plazo, la partición debe realizarse por los cauces legales normales. Por lo tanto, la necesidad de recabar el consentimiento de todos los hijos y descendientes a que se refiere el artículo 843 del Código Civil, o la aprobación del notario o del secretario judicial, no son de aplicación en el presente caso, pues no se han adoptado ninguna de las medidas previstas en los artículos 841 y 842 del Código Civil. En consecuencia, no es necesaria la confirmación de todos los hijos ni, en su caso, la aprobación judicial o notarial.

IV

Mediante escrito, de fecha 9 de noviembre de 2017, el registrador de la Propiedad accidental emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Notificado el día 31 de octubre de 2017 el recurso interpuesto al notario autorizante del título calificado, no se ha producido alegación alguna.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 841 y siguientes, en especial el artículo 843 conforme la redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y 1057 y 1058 y siguientes, en especial los artículos 1061, 1063 y 1064, del Código Civil; 80 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio y 22 de octubre de 2012, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de marzo de 2006, 25 de febrero y 17 de octubre de 2008, 6 de marzo de 2012, 13 de junio de 2013, 28 de febrero y 10 de abril de 2014, 13 de febrero de 2015 y de 18 de julio de 2016.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de protocolización de operaciones particionales otorgada por el contador-partidor y además adición de herencia del cónyuge de la causante, en la que concurren las circunstancias siguientes: además del contador-partidor concurren los dos herederos y no lo hacen los otros tres hijos a los que se ha legado «lo que por legítima les corresponda»; de la cláusula primera resulta que «ordena la testadora que dicha legítima les se satisfecha en dinero metálico»; en las adjudicaciones realizadas por el contador-partidor a los legatarios de legítima en metálico, al no haber dinero en la herencia, se les adjudican porciones indivisas de bienes de la herencia; se notifican las adjudicaciones a los legatarios de legítima que no comparecieron, sin que ninguno haya hecho alegación alguna. Posteriormente, ha fallecido uno de los legitimarios sin aceptar o repudiar, de manera que ha pasado a los suyos el derecho que tenía.

El registrador señala como defectos que se trata de una decisión del contador-partidor que excede de las facultades de contar y partir ya que el metálico para el pago de las legítimas en dinero ordenadas por la testadora no tiene que existir necesariamente en la herencia; que en el caso de haberse ordenado el pago de la legítima en metálico debería haberse observado por el contador-partidor la aprobación por todos los hijos o descendientes, o por letrado de la administración de justicia o por el notario, además de las notificaciones del artículo 844 del Código Civil que no han sido realizadas en plazo, y el pago en metálico en el plazo de otro año más, que tampoco fue realizado en plazo; por

tanto no podría ser admitida dicha opción de pago en metálico. Que no se acompaña la justificación de la condición de la heredera del legitimario postmuerto.

El recurrente alega que, aun cuando se ordenó el pago de la legítima en metálico, no hay metálico dinerario en la herencia para el pago de la misma y se realiza la partición en forma ordinaria por el contador-partidor; que no se puede obligar a los herederos a que paguen con dinero extra hereditario ni se puede obligar de forma genérica a la venta de los bienes de la herencia para pagar las legítimas, ya que esto sería un perjuicio para los herederos en vez de una mejora; que ni los herederos han ejercido la facultad de pago de la legítima en metálico, porque no lo han hecho en el plazo legal, ni el contador estaba autorizado por la testadora para hacerlo, por lo que se ha realizado la partición por el contador en forma ordinaria y los herederos han comparecido a los solos efectos de la adición de otra herencia; que, en consecuencia, no es necesaria la confirmación de los demás hijos ni la aprobación por notario o por el letrado de Administración de Justicia, ya que no se ha ejercitado la facultad de pago de la legítima en metálico de los artículos 841 y siguientes del Código Civil ni se han tomado las medidas de la misma.

No se recurre el segundo de los defectos señalados -justificación de la condición de heredera del hijo fallecido- por lo que el expediente se limitará al primero.

2. En primer lugar, se menciona tanto en la calificación como en el escrito de recurso, la cuestión de si nos encontramos ante una concesión de la facultad de pago de la legítima en metálico contemplada en los artículos 841 y siguientes del Código Civil. Así pues, hay que determinar en primer lugar si nos encontramos ante esta facultad. En el testamento de la causante, se nombra un contador-partidor para el caso de que los herederos no se entendieran en la forma de hacer la partición, a quien se faculta con las más amplias facultades incluso la de entregar los legados, y además de la institución de herederos a dos de los hijos y un legado específico a favor de ellos mismos, se reduce a los otros tres hijos a la legítima que les corresponda ordenando que se les pague en dinero metálico.

Este Centro Directivo ha dicho (Resolución de 18 de julio de 2016) que «para que la partición del contador se sujete a lo establecido en los artículos 841 y siguientes es preciso que la autorización del testador se refiera al artículo 841, ya sea invocándolo numeralmente o bien refiriéndola al supuesto en él previsto, con sus propias palabras o con otras cualesquiera con sentido equivalente, aunque técnicamente sean impropias o incorrectas, o simplemente de significado distinto si por su sentido resulta indudable la intención del testador de conferir una autorización que encaje con el supuesto del artículo 841. Así lo será en los casos en que el testador designe heredero universal a uno de los descendientes legitimarios o a varios, y legue a los demás legitimarios y mejorados la compensación que, para satisfacer sus respectivas legítimas, el instituido o los instituidos deban abonarles en metálico».

Centrados en el supuesto de este expediente, no es claro que del testamento del mismo, resulte de forma indubitada la concesión de la facultad del testador para el pago de la legítima en metálico y la concurrencia de los requisitos para esta figura. Pero es que además, en este supuesto, es inocua la interpretación, pues como se reconoce en la calificación y se alega por los recurrentes, no se han cumplido los requisitos y garantías exigidas por los artículos 841 siguientes de Código Civil: no se ha comunicado a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión -30 de agosto de 2014 con lo que el plazo concluyó el 30 de agosto de 2015 siendo que se practican las operaciones particionales en el 2016-, ni el pago se realizó en otro año más ni hubo acuerdo en contrario al respecto. En consecuencia, conforme el artículo 844 del Código Civil, «transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o por el contador-partidor y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición».

Así pues, no habiendo lugar al ejercicio de la facultad de pago de la legítima en metálico, esto nos aboca a la partición ordinaria recogida en los artículos 1057 a 1063 del Código Civil, por lo que tampoco sería precisa la aprobación del letrado de la Administración de Justicia o notario (cfr. artículo 843 del Código Civil).

3. Aclarado que nos encontramos ante una partición hecha por el contador-partidor en los términos ordinarios de los artículos 1057 y siguientes del Código Civil, hay que recordar la doctrina reiterada de este Centro Directivo («Vistos»), según la cual, siendo practicada la partición por el contador-partidor, no es necesaria la intervención de todos los legitimarios.

Ocurre que en este supuesto, la testadora ha ordenado que la legítima se pague en metálico y no existe dinerario en la herencia, por lo que el contador-partidor ha realizado la partición adjudicando bienes del caudal relicto a los legitimarios no instituidos herederos.

Ha dicho este Centro Directivo que «como regla general la legítima en el derecho común se configura como pars bonorum, (así lo ha entendido la DGRN -Vistos-) o como pars hereditatis (Jurisprudencia en Vistos) lo que implica, en palabras del Alto Tribunal que la legítima es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios. Es decir, como ha reiterado este Centro Directivo, que la naturaleza de la legítima como pars bonorum atribuye al legitimario el derecho a una porción del haber hereditario que debe ser pagada en bienes de la herencia».

Así pues, ante la regla general, el artículo 841 del Código Civil supone una importante excepción, ya que permite, si así lo establece expresamente el testador, a uno o algunos de los descendientes, o al contador-partidor, en lugar de pagar la legítima de los demás legitimarios con bienes de la herencia, como es ordinariamente obligatorio, conmutar su cuota por un caudal que se pagará en efectivo metálico. Pero en este supuesto el contador-partidor ha optado por la regla general de partir con bienes de la herencia.

Alega el registrador en la calificación que la orden de la testadora debe cumplirse aun cuando no haya metálico en el caudal hereditario, y por lo tanto, la cuestión es si aunque el precepto no lo establezca expresamente, se presupone que el metálico con que se pagará a los demás legitimarios no forzosamente debe existir en la herencia. La doctrina y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012 han admitido que el pago de la legítima lo sea con metálico extra hereditario porque han afirmado que la finalidad de salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima y de la seguridad respecto del pago efectivo de la misma, viene también reforzada desde la perspectiva conceptual que presenta el pago en metálico de la legítima de los descendientes conforme al marco establecido en los artículos 841 y siguientes del Código Civil. Así pues, a diferencia de lo previsto en el artículo 1056 del Código Civil, y pese al mero tenor literal del artículo 841, el testador o, en su caso, el contador-partidor expresamente autorizado, en rigor, no están ordenando imperativamente la conmutación del pago de la legítima, sino facultando a alguno o algunos de sus hijos o descendientes para que, si así lo quieren, se adjudiquen todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no hereditario. En consecuencia, cabe pagar en metálico extra hereditario, lo que no implica que forzosamente se deba hacer así, pues no se ha de olvidar que la posibilidad de pago de la legítima en metálico es una facultad y no una obligación de los herederos.

4. Centrados en el supuesto de este expediente, el contador-partidor, después de calcular las legítimas de los hijos de la causante y de la heredera de uno de ellos por derecho de trasmisión, no procede al pago en metálico de su cuota ya que tal cantidad no existe entre los bienes hereditarios del causante, sino que adjudica unas partes indivisas de bien inmueble a los legitimarios. El contador-partidor, por tanto, no está limitándose a contar y partir los bienes del causante, sino que decide no ejercitar la facultad de pago de la legítima en metálico y optar por la partición ordinaria manteniendo la naturaleza de la legítima que es «pars bonorum» y que debería consistir necesariamente en bienes de la herencia, excluyendo el supuesto del artículo 841 que constituiría una excepción y daría amparo legal al hipotético cambio de la naturaleza de la legítima desde «pars bonorum» a «pars hereditatis». No se ha producido este cambio de naturaleza porque los herederos y el contador-partidor, en el caso de que se interpretara que se había concedido la facultad de pago de legítima en metálico, no habían optado por esa vía. Se ha optado por lo tanto por una partición en forma ordinaria que practica el contador sin que sea precisa la intervención de los herederos ni los legitimarios. Y no obstante, los herederos han

concurrido al otorgamiento aunque lo han hecho para el otorgamiento de la adición de otra herencia anterior.

Queda por determinar si a falta de dinero en el caudal relicto, es obligatorio para los herederos o para el contador-partidor realizar el pago de forma forzosa en metálico extra hereditario, no encontrándonos en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil. La respuesta debe ser negativa, en primer lugar porque no nos encontramos ante esa situación especial de la adjudicación de la empresa familiar; en segundo lugar porque como se ha razonado antes, no se ha utilizado la facultad de pago de legítima en metálico; en tercer lugar, porque, como sostiene el recurrente, no ha sido autorizado el contador-partidor para la venta de los bienes de la herencia a los efectos de hacer dinerario con el que pagar las legítimas y esto no cabe entenderlo de una forma genérica. Además, aun cuando estuviera autorizado para vender bienes hereditarios, en este supuesto de partición ordinaria, habiendo legitimarios, el contador-partidor necesitaría del consentimiento de éstos.

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, 11 de enero de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.