

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

3650 *Resolución de 28 de febrero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa de la registradora de la propiedad de Xirivella, por la que acuerda suspender la práctica de la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional.*

En el recurso interpuesto por don Fernando Pérez Narbón, notario de Valencia, contra la calificación negativa de la registradora de la Propiedad de Xirivella, doña María de los Ángeles Pineda Lázaro, por la que acuerda suspender la práctica de la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada por el notario de Valencia, don Fernando Pérez Narbón, el día 31 de mayo de 2017, con el número 949 de protocolo, se elevó a público el cuaderno particional de la herencia de don L. M. V, elaborado por la contadora-partidora designada por el mismo en su testamento; en dicha escritura comparecieron y ratificaron la partición efectuada la viuda del causante y una de sus tres hijos.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Xirivella, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Xirivella El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento que se dirá, ha resuelto no practicarla inscripción solicitada, conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: Documento presentado: Escritura de partición de herencia otorgada ante el Notario de Valencia, Don Fernando Pérez Narbón, el día treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete, protocolo 949/2017, que ha tomado el asiento de presentación: n.º 2121 del Diario 59; fincas (datos registrales): n.º 11.494, 11.825 y 10427 de Xirivella; interesados: Doña M. O. C. y otros. Fundamentos de Derecho: Se suspende la inscripción del presente documento por adolecer del siguiente defecto subsanable: En el testamento el causante da en pago de su legítima estricta a sus dos hijos Don A. M. G. y don J. M. G., la porción que les corresponda sobre el piso sito en Xirivella en la calle (...) sin embargo en el precedente documento comparece doña C. M. R., nombrada contadora partidora por el causante en su testamento, así como la viuda del citado causante doña M. G. C. y una de las herederas del causante, su hija doña M. M. G., adjudicándose en la hijuela de don A. M. G. el número 9 del inventario, esto es, un crédito que el causante ostentaba contra dicho heredero y adjudicando en la hijuela de don J. M. G. un 9,10% en pleno dominio de la vivienda, la finca registral inventariada bajo el número 1 sita en Xirivella calle (...) La comparecencia de la citada viuda del causante no desnaturaliza el carácter unilateral de la partición de la herencia, pero la comparecencia de la citada hija y heredera del causante es de tal alcance que desnaturaliza tal carácter unilateral de la partición hecha por el contador-partidor, convirtiéndose así en una partición plurilateral, por lo que en tal caso deberán aplicarse las reglas de la partición hecha por los herederos, esto es, que deberá ser aceptada o repudiada dicha herencia por todos los herederos (art. 1057 y 1059 del Código civil) o bien se necesitará aprobación judicial. En el caso de que el Contador-Partidor se extralimita al traspasar el campo de lo particional para introducirse, dadas las adjudicaciones acordadas es necesario acuerdo unánime de los herederos si

aquel se separa claramente de las líneas claramente prefijadas por el testador, acuerdo que no existe en el precedente documento, ya que la herencia no ha sido ratificada por los herederos don A. M. G. ni don J. M. G., por lo tanto no está limitándose a contar y partir los bienes del causante, sino que está transformando la legítima de su hijo el citado don A. M. G. (que como hemos visto antes es *pars bonorum* o *hereditatis* y que debería consistir necesariamente en bienes de la herencia) en un derecho de crédito frente a la causante, a quien ordena el pago en metálico de su cuota. Se transforma, con ello, la naturaleza del derecho que dicho legitimario tiene en la herencia del causante. RDGRN de 23 de abril de 2005 y 18 de julio de 2016. Sentado que esta partición está sujeta a las reglas establecidas en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, resulta necesario que, conforme lo previsto por el artículo 843 del Código Civil, salvo confirmación expresa de todos los hijos, la partición así hecha, requerirá aprobación por el letrado de Administración de Justicia o notario –tras la reforma operada por la Ley 15/2015 de 2 de julio–. Así pues, tras la práctica de las notificaciones a que se refiere el artículo 844 no se ha acreditado bien la conformación expresa de los hijos a los que legó el causante el tercio de legítima estricta de su herencia, o bien la aprobación de la partición por el notario o por el letrado de Administración de Justicia. Si bien, esta aprobación notarial no se puede sustituir por la autorización de la escritura de partición y supone un expediente específico de jurisdicción voluntaria, tramitado por notario competente de acuerdo con los criterios de competencia que establece el artículo 66.2 de la Ley del Notariado, sin que rija el principio de libre elección de notario. Esto mismo resulta del artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario: “La inscripción de las adjudicaciones de bienes hereditarios a alguno o algunos de los hijos o descendientes con obligación de pago en metálico de la porción hereditaria de los demás legitimarios, expresará que las adjudicaciones se verifican con arreglo al artículo 844 del Código civil, y se llevarán a cabo: (...) En ambos supuestos deberá acompañarse el documento en que conste la aceptación del adjudicatario o adjudicatarios y el que acredite la confirmación de los demás hijos o descendientes o la aprobación judicial” –tras la reforma operada por la Ley 15/2015 debe entenderse la referencia hecha a la aprobación por el letrado de la Administración de Justicia o notario. Contra la presente calificación (...) Xirivella a nueve de noviembre de dos mil diecisiete (firma ilegible). La Registradora. Fdo.: María de los Ángeles Pineda Lázaro».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Fernando Pérez Narbón, notario de Valencia, interpuso recurso el día 1 de diciembre de 2017 con base en la siguiente argumentación: Primero.–La intervención en la escritura de la viuda del causante resulta necesaria a fin de liquidar la sociedad de gananciales disuelta; Segundo.–La intervención de una de las coherederas no convierte la partición realizada por la contadora-partidora por sí sola en una partición plurilateral, como pretende la registradora (con cita, al efecto, de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de septiembre de 2002, 19 de julio de 2016 y 19 de enero y 4 de octubre de 2017), y Tercero.–La contadora-partidora no se ha extralimitado en sus funciones, sino que se ha limitado a cumplir las disposiciones ordenadas por el propio testador. Del testamento resulta la existencia en la masa hereditaria de tres créditos contra los propios herederos; el hecho de que, como ha ordenado el testador, se proceda a adjudicar a los herederos su respectivo crédito (cosa mueble) no implica pago en metálico de la legítima en los términos del artículo 841 del Código Civil (con cita de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de septiembre de 2017) y, por tanto, no son de aplicación el resto de los preceptos que cita la registradora.

IV

La registradora emitió su preceptivo informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 841, 843, 844, 1057, 1060, 1061 y 1062 del Código Civil; 92 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 66 de la Ley del Notariado, introducido por la disposición final undécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de septiembre de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de abril de 2005, 18 de julio de 2016 y 19 de enero, 4 de abril, 22 de septiembre y 4 de octubre de 2017, entre otras.

1. Mediante el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional con las siguientes circunstancias relevantes:

a) En el testamento que sirve de base a las operaciones particionales el causante lega a su esposa el usufructo vitalicio de su herencia (con facultad de optar por el legado del tercio de libre disposición, además de su legítima). Asimismo, lega a sus tres hijos el tercio de legítima estricta, si bien dispone que a los bienes que conforman la masa hereditaria se añadan las cantidades que el testador ha entregado en vida a sus hijos, que se detallan (a su hijo don A. M. G., 65.000 euros; a su hijo don J. M. G., 45.000 euros; y a su hija doña M. M. G., 25.000 euros) de modo que se resten al haber de cada uno de ellos la cantidad respectivamente recibida, y «una vez deducidas dichas cantidades, en pago de la legítima estricta que les corresponda a sus hijos A. y J. M. G., les será adjudicado a los mismos la porción que les corresponda sobre el piso sito en Xirivella, calle (...)». Además, instituye heredera universal en el remanente de sus bienes a su mencionada hija, doña M. M. G., y nombra contadora-partidora con plenitud de facultades a doña M. C. M. R.

b) El cuaderno particional es redactado y firmado únicamente por la contadora-partidora, si bien la escritura de protocolización del mismo es otorgada no solo por aquella sino también por la viuda y por la heredera, manifestando estas dos últimas que aceptan íntegramente las operaciones particionales realizadas por la contadora-partidora, dándose por pagadas de sus respectivos haberes en la herencia con las adjudicaciones realizadas en el referido cuaderno (a la viuda en pago del tercio de libre disposición más su legítima y a la heredera en pago de su derecho al remanente de la herencia). Según las operaciones particionales, corresponde a cada uno de los tres hijos, por su legítima estricta, 51.100 euros, por lo que a don A. M. G. se le adjudica una participación del 78,62% del crédito que el testador ostentaba contra él por las cantidades entregadas por aquel en vida, equivalente dicha participación a 51.000 euros. Y a don J. M. G. se le adjudica la totalidad del crédito que el testador ostentaba contra él por las cantidades entregadas por aquel en vida (45.000 euros) así como una participación indivisa del 9,10% de la vivienda situada en Xirivella.

c) La registradora de la Propiedad fundamenta su negativa a la inscripción en que, a su juicio, la comparecencia de la heredera del causante es de tal alcance que desnaturaliza el carácter unilateral de la partición hecha por la contadora-partidora, convirtiéndose así en una partición plurilateral, que requiere el consentimiento de todos los herederos o aprobación judicial. Además, considera que se transforma la legítima de don A. M. G. en un «derecho de crédito frente a la causante, a quien ordena el pago en metálico de su cuota» –sic–, de modo que, por aplicación de las reglas establecidas en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, resulta necesario que, salvo confirmación expresa de todos los hijos, la partición sea aprobada por el letrado de Administración de Justicia o por notario.

2. Limitado el recurso a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación impugnada (artículo 326 de la Ley Hipotecaria) y por lo que se refiere a la primera de las objeciones expresadas por la registradora, las razones a las que puede deberse el asentimiento de alguno de los legitimarios o herederos a la partición –aparte la manifestación de su aceptación de la herencia– pueden obedecer a su posible condición de prelegatarios; a la eventual aceptación de cargas o modos testamentarios; al complemento de capacidad (conforme al artículo 1060 del Código Civil); o, entre otras causas, a compromisos personales. Pero cualesquiera que sean estas, esa comparecencia

y asentimiento a las operaciones particionales, no pueden alterar la naturaleza de una partición realizada por contador-partidor designado por el testador y realizada dentro de los parámetros del artículo 1057 del Código Civil.

Reiteradamente ha señalado este Centro Directivo –cfr. Resoluciones de 27 de diciembre de 1982, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio de 2003, 13 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007 y 4 de octubre de 2017, entre otras– que la partición realizada por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones, las cuales no se alteran por la comparecencia de alguno de los herederos, ni siquiera por la concurrencia de todos ellos si el testador hubiera ordenado la intervención del contador-partidor incluso existiendo un acuerdo de los herederos respecto de la forma de realizar la partición. Por lo demás, debe recordarse que, como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 11 de julio de 2013, solo cuando la intervención conjunta de los herederos junto con el contador-partidor no se limite a aceptar la herencia, la intervención de aquellos introduce un factor que altera el carácter unilateral que tiene la partición practicada por contador-partidor, transformándola en un verdadero contrato particional y haciendo, por tanto, necesaria la intervención de todos los interesados en la herencia.

En el supuesto de este expediente, la viuda, la heredera y la contadora-partidora comparecen en nombre propio para aprobar y aceptar las operaciones contenidas en el cuaderno particional elaborado por esta última, de modo que la heredera no tiene otra intervención que la de aceptar lo operado por la viuda en orden a la liquidación de gananciales y por la contadora-partidora en cuanto a la distribución hereditaria, ya que el cuaderno se dice redactado únicamente por esta. Por lo tanto mantiene la partición el carácter unilateral propio de las practicadas por contador-partidor que no requieren de la aprobación por los herederos.

3. En cuanto a la segunda de las objeciones expresadas por la registradora, relativa a la exigencia de cumplimiento de las normas sobre pago en metálico de las legítimas, por entender que la contadora-partidora transforma la legítima de uno de los herederos forzosos en un derecho de crédito frente a quien ordena el pago en metálico de su cuota, es cierto que, en general, la asignación de todos los bienes de la herencia a uno de los interesados imponiéndole la obligación de pagar los derechos correspondientes a los otros interesados en metálico supone transformar los derechos de estos que de cotitulares de la masa hereditaria con cargo a la que, previa liquidación, han de satisfacerse sus derechos, pasan a ser titulares de un derecho de crédito frente a otro de los partícipes. Y ello implica un acto de disposición admisible en el caso de ser los interesados con facultades de libre disposición de sus bienes los que lo convinieran (cfr. artículo 1058 del Código Civil), pero que no puede entenderse comprendida entre las de partir que al contador-partidor le vienen asignadas por la ley en su condición de tal. Otro tanto cabría decir del derecho de los legitimarios, intangible no solo en el aspecto cuantitativo sino también en el cualitativo que no puede el contador-partidor cambiar por un crédito frente a los herederos so pena de desvirtuarlo completamente, algo que el legislador ni tan siquiera permite en el caso de que el testador lo imponga o autorice (cfr. artículo 841 del mismo Código) si no es con consentimiento de los afectados o aprobación por el letrado de la Administración de Justicia o el notario (artículo 843), amén del necesario respeto de otra serie de garantías como los plazos preclusivos de todo el proceso de partición y pago (si bien, la regla del artículo 1061 del Código que impone la igualdad en la integración de los lotes de los herederos, referida principalmente a la partición hecha por contador-partidor, ha de tener como una de sus excepciones el supuesto que contempla el artículo siguiente, el 1062, para el caso de cosas indivisibles, y esta excepción entendida como simple acto particional, encajable por tanto dentro de las facultades de los contadores partidores, ha sido interpretada con gran amplitud por la doctrina de este Centro Directivo –vid. Resoluciones de 10 de enero de 1903, 23 de julio de 1925, 6 de abril de 1962, 2 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 2003 y 16 de septiembre de 2008– al punto de considerar que es la solución más lógica cuando en la herencia existe tan solo un bien jurídico o económicamente indivisible).

Por otra parte, la restrictiva expresión «la simple facultad de hacer la partición» que contiene el artículo 1057 del Código Civil se interpreta con flexibilidad de suerte que se incluyan entre las facultades del contador-partidor aquellas que hayan de ser presupuesto para el desempeño de esa función de contar y partir. En este sentido debe entenderse que puede proceder a liquidar junto con el cónyuge viudo la disuelta sociedad de gananciales, a inventariar y valorar los bienes relictos y fijar, cuantificándolos, los derechos de los interesados sobre la masa relicta, con sujeción al testamento y la ley, aceptando por tanto las disposiciones del testador por las que dé por pagados de sus derechos legitimarios a sus herederos forzosos o aquellas por las que ordene que del haber correspondiente a los legitimarios se descuente lo que en vida han percibido estos del testador. Esto último es lo que ocurre en el presente caso, pues la contadora-partidora ha seguido con fidelidad las disposiciones del causante, el cual dispuso expresamente que «una vez deducidas dichas cantidades, en pago de la legítima estricta que les corresponda a sus hijos A. y J. M. G., les será adjudicado a los mismos la porción que les corresponda sobre el piso sito en (...)». Por ello, se ajusta a tales disposiciones testamentarias la adjudicación realizada al legitimario don A. M. G. al que se refiere la calificación registral, pues según la fijación de la cuantía de la legítima efectuada por la contadora-partidora, le corresponden 51.100 euros, de modo que, habiendo recibido en vida 65.000 euros, nada más puede adjudicársele (aparte ese descuento o deducción que se realiza formalmente mediante la adjudicación de parte del crédito nacido por la entrega de tales cantidades), sin que por tanto proceda la adjudicación de derechos sobre determinado inmueble que solo subsidiariamente ordena el testador.

4. Por último, conviene recordar que la institución del contador-partidor, reforzada aún más por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, exige el respeto de lo por él actuado, siempre que no implique contradicción evidente con la voluntad del testador y con los límites de la propia institución; como se ha señalado, la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es siempre totalmente nítida y la regla general de la proporcionalidad cuantitativa y cualitativa de los lotes que establece el artículo 1061 del Código Civil no implica una igualdad matemática absoluta, sin perjuicio de la posible impugnación por los interesados, de modo que ha de pasarse entretanto por dicha partición mientras no sea claramente contraria a lo dispuesto por el testador.

En base a lo anterior, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la nota de 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, 28 de febrero de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.