

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**1424** *Resolución de 10 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Las Palmas de Gran Canaria n.º 6 a inscribir una escritura pública de partición hereditaria.*

En el recurso interpuesto por don F. E. R., contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria número 6, doña Laura Torres Rodríguez, a inscribir una escritura pública de partición hereditaria.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura otorgada el día 21 de octubre de 2008 ante el notario de Las Palmas de Gran Canaria, don José Luis Pardo López, con el número 2949 de orden de protocolo, se protocolizaron las operaciones particionales practicadas al fallecimiento de doña M. P. G. A., realizadas por su contador partidor, a la sazón el señor recurrente. Dicha escritura se complementa con otra autorizada por el mismo notario el 23 de junio de 2009, con el número 1714 de orden de protocolo, otorgada por una de las herederas Cayetana S G, en su propio nombre y además como tutora de otro coheredero incapacitado, en la que reconocía que había sido citada para la práctica del inventario, que se realizó con la conformidad de todos los interesados.

##### II

Presentada la indicada escritura en el Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria número 6, su titular acordó suspender la inscripción mediante la oportuna nota de calificación expedida con fecha 14 de octubre de dos 2011, que es del siguiente tenor: «Aun cuando el único compareciente en la escritura pública que ahora es objeto de calificación es el Contador Partidor nombrado por la causante en su testamento, el señor E. R., lo cierto es que no puede considerarse sin más la presente partición hereditaria como una partición verificada al uso por el contador partidor en los términos que señala el artículo 1.057 del Código Civil. Ello se explica desde el momento en que, tal y como se recoge en el Expositivo Segundo de la escritura citada, en ella se da por reproducida la partición convencional de los bienes hereditarios de doña M. P. G. A., que sus herederos confeccionaron en un cuaderno particional extendido en dieciocho folios, que todos firman en presencia del Notario autorizante, legitimando éste sus firmas. A este respecto, podría traerse a colación la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de diciembre de 2002, en la que se dispone que la ratificación de la partición realizada unilateralmente por el contador partidor deja de ser automáticamente un acto unilateral para convertirse (a menos que los herederos se limiten a aceptar la herencia) en un verdadero contrato particional. Y es en este caso, como se expondrá más adelante, cuando puede mediar un conflicto de intereses si uno de los herederos ratifica en nombre propio y además como tutor de otro, siempre que el contador partidor no haya guardado la igualdad de lotes a que se refiere el artículo 1.060 del Código Civil. Aunque por esencia la ratificación es un acto jurídico posterior al hecho cuya falta trata de subsanarse (art. 1.259 CC), lo cierto es que en nuestro caso el contador partidor se limita a elevar a público (y así lo hace constar el Notario al titular la escritura «Elevación a público de partición hereditaria»), del cuaderno particional que los mismos herederos confeccionaron el catorce de octubre de dos mil ocho. Y esta interpretación se refrenda desde el momento

en que tal cuaderno es firmado en presencia del Notario autorizante por cada uno de los interesados en la herencia, legitimando aquél sus firmas y dejándolo unido a la propia escritura. Así las cosas, hay que estar ahora al fondo del reparto para determinar la posible existencia de un conflicto de intereses, pues doña Cayetana (hija de la causante) interviene en la partición no sólo como tal heredera, sino también como tutora de su hermano don José María, también hijo y legitimario de la fallecida. En este sentido el Centro Directivo ya ha manifestado en más de una Resolución que aun existiendo herederos incapacitados representados por otros herederos en la misma herencia el conflicto de intereses no tiene por qué surgir, siempre y cuando el reparto del caudal relicto se haya realizado siguiendo las pautas marcadas por el causante en su testamento y el principio de igualdad de lotes del art. 1.060 del Código Civil. Y ello sin perjuicio de la necesaria aprobación judicial que al tutor se le exige en el artículo 272 del citado Código (R. 6/11/2002, confirmada, por la Audiencia Provincial de Valencia en sentencia de 5/11/2003, entre otras). Sentado lo anterior, es necesario analizar concretamente las adjudicaciones realizadas a favor del heredero incapaz según lo que respecta a lo dispuesto en el testamento. La primera adjudicación que en el cuaderno particional se hace a favor de don José María efectivamente se corresponde con la voluntad de la causante, que ya en su testamento dispuso con cargo al tercio de libre disposición a favor de su hijo todo el dinero y valores que aquella tuviera en entidades bancarias. Sin embargo, la cuestión discutible está en la adjudicación de la finca perteneciente a la demarcación de este Registro de la Propiedad, inventariada con el número 5. Aunque con carácter previo a la partición, se recoge un avalúo de los bienes inventariados y un cálculo económico de la hijuela correspondiente a cada uno de los llamados a la herencia, lo cierto es que, no obstante todo ello, es necesario atender al concreto bien adjudicado más allá de su simple valor monetario (estado de conservación, localización...). Es por ello, que surge la necesidad de velar por los intereses del adjudicatario. Tratándose de herederos mayores de edad, éstos pueden partir y aceptar las adjudicaciones que a su favor se dispongan sin ninguna limitación (art. 1.058 CC). Pero tratándose de un heredero incapacitado judicialmente, tal interés habrá de ser defendido por su representante legal. En este caso, dado que tal representante resulta ser precisamente otra de las interesadas en la herencia, su hermana doña Cayetana, es por lo que se aprecia la existencia de un conflicto de intereses entre ambos. Efectivamente, el conflicto de intereses que se ha señalado no deriva de la ratificación realizada por doña Cayetana en escritura autorizada por el Notario don José Luis Pardo López, Protocolo número 1714/2009 (documento que también se ha presentado a fin de ser objeto de calificación registral), pues como bien se indica en él, en la formación del inventario de los bienes relictos no es posible la existencia de intereses contrapuestos desde el momento en que cualquier error u omisión en el mismo perjudicaría a todos los herederos por igual (incapacitados o no). El conflicto surge del cuaderno particional confeccionado por los mismos herederos e incorporado a la escritura, firmado por ellos en presencia notarial, y meramente ratificado por el contador partidor. Tal conflicto no existiría si, como ya se dijo más arriba, la adjudicación de las fincas que no habían sido especialmente legadas por la causante, se hubieran repartido por cuotas en la proporción que correspondiera a cada uno de los hijos (que no podría ser otra que por partes iguales, como se indica en la cláusula quinta del testamento). Por todo ello, se hace necesario el nombramiento de un Defensor Judicial que defienda los intereses de don José María en el reparto de los bienes relictos de su madre, doña M. del P. (art. 299.1 CC). Por disponer así el art. 1.060 del Código Civil, al Defensor Judicial nombrado para la situación descrita en los párrafos anteriores habrá de intervenir en la partición y en su caso, requerir la posterior aprobación judicial de lo actuado, si es que en el momento de hacerse su nombramiento el Juez no hubiera previsto otra cosa (R. 14/07/2005, entre otras). El expresado defecto tiene la consideración de subsanable por lo que se suspende la práctica del asiento solicitado, sin tomarse anotación preventiva de la suspensión por no haber sido la misma solicitada (art. 65 L. H.). Contra la anterior (...). Las Palmas de Gran Canaria, a treinta de septiembre del año dos mil once. La Registradora (firma ilegible y sello del Registro). Fdo. Laura Torres Rodríguez.

## III

Frente a la anterior calificación don F. E. R., otorgante de la escritura en su condición de contador partidor, interpuso mediante escrito, fechado el 11 de octubre de 2011, el correspondiente recurso alegando los siguientes fundamentos de derecho: 1) que se trata de una partición efectuada por un contador-partidor testamentario, 2) que ningún heredero interviene en la partición, 3) que no existen herederos incapacitados representados por otros herederos, 4) que la partición hecha por el contador equivale a la hecha por el testador y ha de ser respetada, no necesitando el consentimiento de los interesados, 5) que la intervención del contador partidor permite la intervención de un coheredero en su propio nombre y como tutor de otro, sin que exista situación de conflicto de intereses, tal y como tiene reconocido la Resolución de 25 de abril de 2001, y 6) que no es necesaria la aprobación judicial de una partición en la que esté interesado un incapacitado si la hace el contador partidor.

## IV

Fue notificada la interposición del recurso al notario autorizante, don José Luís Pardo López, sin que emitiese informe alguno.

## V

La registradora de la Propiedad recurrida emitió el informe correspondiente, con fecha 28 de septiembre de 2011, en defensa de su calificación, que mantiene y elevó el expediente a este Centro Directivo.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos, los artículos 271, 272, 299, 1.057, 1.058, 1.059, 1.060 del Código Civil; 81 del Reglamento Hipotecario; 782 a 789 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1957, 23 de junio de 1950, 8 de marzo de 1999; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 1893, 21 de enero de 1898, 2 de agosto de 1909, 6 de febrero de 1995, 24 de marzo y 25 de abril de 2001, 17 de mayo, 6 y 19 de septiembre y 18 de diciembre de 2002, 21 de junio de 2003, 29 de marzo de 2004, 18 de marzo, 23 de abril y 13 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007, 16 de septiembre de 2008 y 13 de diciembre de 2010,

1. Constituye el objeto de este recurso dilucidar si en una partición practicada por el contador partidor testamentario es necesaria la intervención de un defensor judicial, y en su caso la aprobación por el Juzgado, en la medida en que una de las personas interesadas en la herencia está incapacitada y su tutora está igualmente llamada a la misma sucesión y resulta adjudicataria de un lotes de bienes.

2. Para la resolución de este expediente han de tenerse en cuenta los siguientes hechos:

a) Por parte de un contador partidor testamentario se otorga una escritura de partición hereditaria en la que se formaliza públicamente y se ratifica el contenido de un cuaderno particional, elaborado por el mismo partidor, que recoge todas las operaciones particionales, incluso la adjudicación a los interesados, de los bienes de la causante de la sucesión.

Asimismo, tal y como resulta de una lectura atenta de la escritura concernida y del documento particional a ella unido, el único otorgante de dicho instrumento público y el único firmante del cuaderno particional incorporado que se eleva a publico es el propio contador-partidor recurrente, por más que la imprecisa y poco cuidada redacción de la escritura pública –que usa en muchos pasajes el plural, en referencia al que otorga y comparece en la escritura y aparece como firmante del documento privado particional– pudiera generar, en una primera impresión, algún tipo de dudas al respecto. Tiene relevancia consignar este dato, pues la registradora, inducida por la expresión errónea de

la escritura en el apartado segundo (en el que se dice que «los interesados» hicieron una partición convencional confeccionado un documento «que los interesados me entregan para su incorporación a esta escritura, tras firmarla en mi presencia, legitimando yo el notario sus firmas») parte de que «el cuaderno particional confeccionado por los mismos herederos e incorporado a la escritura, firmado por ellos en presencia notarial y meramente ratificado por el contador partidor», a pesar de que el cuaderno particional en cuestión dice, en su encabezamiento, que lo lleva a cabo el contador partidor testamentario, y a que en los folios en que va extendido solo existe una sola firma, estampada en el último de ellos, al final del documento, y al dato inequívoco de que existe un solo otorgante.

b) Posteriormente, mediante otra escritura que se presenta conjuntamente con la anterior, a la que complementa, una de las herederas por sí y como tutora de otro coheredero incapacitado judicialmente, reconoce que el inventario de los bienes hereditarios fue llevado a cabo con la conformidad de todos los interesados.

3. En el presente caso concurre una partición llevada a cabo por el contador partidor testamentario. Y lo primero que debe decirse es que se trata de una partición que al ser hecha por la persona designada al efecto por el testador goza de ciertas particularidades. La primera es que ha de ajustarse plenamente al título sucesorio; debe ser un instrumento de mero desarrollo y ejecución distributiva de lo en él establecido, sin que pueda verificarse la distribución hereditaria, tal y como se autoriza a los herederos en el artículo 1.059 del Código Civil, «de la manera que tenga[n] por conveniente. Es evidente que el proceso particional de la herencia cuando es efectuado por el comisario tiene que ajustarse a la voluntad del testador, a las reglas dispositivas que suplen y complementan aquélla, y también a las superiores disposiciones legales de carácter imperativo, a las que el propio testador también queda sujeto.

4. Pero, sin perjuicio de lo anterior, conviene poner de relieve que el contador partidor está investido para realizar la partición por sí sólo, de modo que no requiere la intervención de los herederos, ni por ello es necesario que fuesen éstos «mayores y tuviesen la libre administración de sus bienes». En efecto, mientras que la actuación del comisario respete el ámbito de su encargo, en principio meramente particional, goza aquél de total legitimación para actuar hasta agotar todo el proceso partitivo que se ultima con la distribución y adjudicación del caudal hereditario. Solo fuera de ese campo, cuando se rebasa lo particional, espacio que se delimita por las líneas marcadas por el testador, y se entra en el ámbito dispositivo, se diluyen las facultades del comisario y se hace necesario el concurso y la aprobación unánime de los herederos y demás interesados en la sucesión. Consiguientemente, la partición de herencia hecha por el contador-partidor produce, per se, los efectos previstos en el artículo 1.068 del Código Civil y, tal y como ha tenido oportunidad de declarar en reiteradas ocasiones 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 y 20 de julio de 2007) no requiere el consentimiento de los herederos, aunque éstos sean legitimarios, siempre que actúe dentro del ámbito de su competencia o de sus funciones (funciones que se concretan en la «simple facultad de hacer la partición» –cfr. artículo 1.057 del Código Civil). Por eso, salvo que haya mediado exlimitación del partidor testamentario, la eficacia de la partición nunca precisa del consentimiento de los herederos o legatarios afectados.

5. Al mismo tiempo debe tenerse en cuenta que el contador cuando actúe en cumplimiento de la misión que le encomendó el testador ejercita facultades, particularmente la de hacer la partición, que le corresponden por derecho propio, sin que sea dable entender que interviene en representación de los herederos, legatarios, legitimarios o cualquier otra suerte de interesados en la partición. Su actuación, por ende, no está sujeta a ninguna limitación representativa ni tampoco necesita del refrendo o ratificación de los afectados por el proceso partitivo verificado, ni de sus representantes voluntarios, o legales, en caso de que alguno de ellos estuviese a sujeto a cualquier orden de representación legal. Basta, en este último caso, como luego se dirá, con que cumpla con la exigencia establecida en el artículo 1.057.3 del Código Civil, relativa a la citación para la formación del inventario.

6. En el presente caso se trata de una partición efectuada por un contador partidor testamentario, en el ámbito y con la eficacia que le reconoce el artículo 1057 del Código Civil, sin que en ningún caso pueda confundirse con el diferente supuesto de la partición convencional fraguada mediante el concurso y consentimiento de los herederos a que se refiere el artículo 1.059 del mismo cuerpo legal, pues el proceso partitivo se ha efectuado sin la intervención de éstos. A mayor abundamiento cabe señalar que, en contra de lo que alega la registradora, no concurre en este caso circunstancia alguna que permita considerar que esta partición unilateralmente efectuada por el contador se haya transformado en un acto plurilateral que la asemeje o convierta en la partición convencional prevista en el artículo 1.059 del Código Civil (alteración que, por otra parte, no cabe deducir automáticamente de la intervención conjunta de comisarios contadores partidores y herederos) en cuyo caso, al basarse en la voluntad negocial y el consentimiento de los herederos si sería necesario que el incapacitado estuviese legalmente representado y se cumplimentase lo establecido en el artículo 271 del Código Civil. No se produce aquí, por tanto, el desplazamiento de la exigencia establecida en el artículo 1.057.3 por la contenida en los artículos 271, 172 y 299 del Código Civil.

Por ello, el cuaderno particional formalizado mediante la escritura cuya inscripción se deniega, al que alcanza el juicio de adecuación a la legalidad inherente a aquélla, no necesita ser confirmado ni ratificado por nadie más, especialmente por ningún interesado en la sucesión, por haber sido efectuado dentro del ámbito de facultades, y en definitiva de legitimación testamentaria, propia del contador-partidor. La regla anterior no se ve excepcionada por el hecho de que concurra como interesada o afectada por la sucesión una persona incapacitada. Tal y como ocurriría con la partición que efectúa directamente el testador, tampoco aquí se precisa la intervención de los mecanismos legales a los que se confía la representación y defensa de los intereses de los incapaces. Y al no ser precisa la actuación o intermediación de dichos representantes legales, tampoco son precisos los controles que se imponen para la adecuada vigilancia de sus actuaciones.

7. Tratándose de una partición unilateral efectuada por el partidor y no darse, en consecuencia, ninguna variedad de representación en el proceso particional, pese a que uno de los herederos interesados es una persona incapacitada, no surgen supuestos de actuaciones sujetas a control o refrendo judicial, hipótesis que se limita al caso de actuación de un representante legal –sea tutor, curador o defensor judicial– en nombre de un incapaz. Esta consideración aparece confirmada por el propio artículo 1057.3 del Código Civil que exclusivamente establece como formalidad especial de este tipo de operaciones particionales verificadas por el partidor testamentario, cuando alguno de los interesados sea menor o incapacitado, la de citar a sus representantes legales a la formación del inventario.

8. Como corolario de lo anterior, esto es, de que no hay ninguna relación representativa en la partición hereditaria, al ser esta efectuada, en el ámbito de sus competencias por el propio contador-partidor, tampoco puede haber conflicto de intereses, pues no se da el caso de que unos herederos estén representados por otros.

El único punto en el que subyace la relación representativa es en el relativo al reconocimiento que efectúa una heredera de que, por sí y en calidad de tutora de otro coheredero, ha sido citada por el contador-partidor, al igual que los demás herederos, para efectuar el inventario de los bienes hereditarios, que se llevó a cabo con la conformidad de todos. Sin embargo, en esta actuación de la coheredera tutora, que se concreta en la participación en el inventario de la masa partible, no es posible apreciar un conflicto de intereses entre los de ella y los de su representado, pues éstos, lejos de ser antagónicos o contrapuestos, discurren paralelos, pues a ambos perjudicará cualquier error en el inventario, sea por defecto al omitir algún bien, lo sea por exceso al incluir en la masa hereditaria el que no debiera integrarla o al inventariar alguna deuda inexistente (cfr. Res de 18 de diciembre de 2002).

9. A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que como ya se apuntó en la Resolución de 24 de marzo de 2001, que la partición realizada por el contador-partidor en el ámbito de su marco competencial (configurado por la simple facultad de hacer la

partición –en la que cabe incluir las operaciones particionales de inventario del activo y pasivo, con la correspondiente calificación de la naturaleza privativa o consorcial de sus elementos, avalúo, formación de lotes o hijuelas y su entrega y adjudicación a los interesados– por las otras las facultades legales si también es albacea y por las demás que le fueren atribuidas testamentariamente), es válida y produce todos los efectos que le son propios mientras no se impugne judicialmente, de forma que sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad del proceder del contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse, mientras tanto, a la partición realizada por éstos.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 10 de enero de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín Rodríguez Hernández.