

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8159 *Resolución de 18 de junio de 2013, 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 Colmenar Viejo n.º 1, por la que se suspende la práctica de la inscripción de una escritura de partición de herencia.*

En el recurso interpuesto por la notaria de Madrid, doña Rocío Rodríguez Martín, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Colmenar Viejo número 1, don Manuel Parga López, por la que se suspende la práctica de la inscripción de una escritura de partición de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por la notario de Madrid, doña Rocío Rodríguez Martín, el 31 de diciembre de 2012, con el número 1.551 de protocolo, doña Nieves Blanca P. G., por si y en representación de su hija menor, y doña María Rosa P. G., la segunda como albacea contadora partidora, otorgaron una escritura de partición de herencia.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el registro de la Propiedad del Colmenar Viejo número 1, se expidió nota de calificación negativa en los siguientes términos: «... Hechos. Se trata de una escritura de aceptación y partición de herencia otorgada por el contador partidor y la viuda y legataria que actúa además en representación de su hija menor de edad, única heredera. El causante en su testamento lega a la viuda, a su elección, el usufructo de la totalidad o bien el tercio libre en pleno dominio y el usufructo del de mejora. La viuda opta por el usufructo de la totalidad y de esa forma se hacen las adjudicaciones, en usufructo a la viuda y en nuda propiedad a la hija heredera. Fundamentos de Derecho. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria en cuanto a facultades de calificación. El artículo 163 del CC dispone que cuando los padres tengan en algún negocio un interés opuesto al de sus hijos menores no emancipados se nombrará a éstos un defensor judicial. La partición de por sí implica intereses opuestos pues en cualquier caso lo que pueda llevar de más uno de los partícipes en la herencia necesariamente tendrá que ser a costa de los restantes. En este caso además la menor de edad tiene la opción de aceptar el gravamen usufructuario sobre la totalidad o reclamar libre el tercio de legítima y el de mejora con el gravamen usufructuario, y no puede ejercitar esa opción en su nombre su madre que es precisamente la beneficiaria de una u otra opción. Será pues necesario, conforme el artículo 163 citado el nombramiento de un defensor judicial que represente a la menor e intervenga en la partición y, si el juez al nombrarlo no dispone otra cosa, la aprobación judicial posterior conforme el artículo 1060 del mismo CC. Calificación. Se suspende la inscripción por los defectos expresados que se califican como subsanables Contra esta (...). Colmenar Viejo, 12 de marzo de 2013. El registrador. Fdo., Manuel Parga López».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña Rocío Rodríguez Martín, como notario autorizante del documento, interpone recurso contra la calificación registral en base a lo que sigue: «... Primero: Documento calificado.–La escritura de partición de herencia

otorgada en Madrid el día 31 de diciembre de 2012, ante el que dice, bajo el número 1551 de protocolo. Segundo: Presentación.—La copia autorizada de la escritura reseñada se presentó ante el Registro de la Propiedad número 1 de Colmenar Viejo, bajo el número de asiento 1.910, del Diario 113. Tercero: Calificación.—El documento fue calificado negativamente, tal como resulta de la fotocopia del fax remitido que se acompaña, alegándose los siguientes "Fundamentos de Derecho... El artículo 18 de la Ley Hipotecaria en cuanto a facultades de calificación. El artículo 163 CC dispone que cuando los padres tengan algún negocio un interés opuesto al de sus hijos menores no emancipados se nombrará a un defensor judicial. La partición de por sí implica intereses opuestos en cualquier caso lo que pueda llevar de más uno de los partícipes en la herencia necesariamente tendrá que ser a costa de los restantes. En este caso, además, la menor de edad tiene la opción de aceptar el gravamen usufructuario sobre la totalidad o reclamar libre tercio de legítima y el de mejora con el gravamen usufructuario, y no puede ejercitar esa opción en su nombre su madre que es precisamente beneficiaria de una u otra opción. Será necesario pues, conforme al artículo 163 citado el nombramiento de un defensor judicial que represente a la menor e intervenga en la partición y, si el juez al nombrarlo no dispone otra cosa, la aprobación judicial conforme el artículo 1.060 del mismo CC... "Fundamentos de Derecho. En la escritura objeto de la calificación de negativa nos encontramos ante una aceptación y partición de herencia otorgada por el contador partidor y la viuda legataria que interviene como representante legal de su hija menor de edad, única heredera; citada para la formación del inventario conforme al artículo 1.057 del Código Civil. El causante en su testamento establece lo siguiente: "... Primera. Lega el usufructo vitalicio de todos sus bienes a su citada esposa, con relevación de la obligación de prestar inventario y fianza. Si la legataria lo prefiriese, en lugar del legado anterior podrá recibir el tercio de libre disposición en pleno dominio y el usufructo del tercio de mejora. Si se optare por el usufructo universal, en caso de que algún legitimario reclamare contra dicha opción, le lega su legítima estricta, quedando sin efecto su institución de heredero. Si fueren todos, instituye heredera a su cónyuge, legando a los legitimarios su legítima. Segunda. Instituye heredera a su hija L. antes citada, con derecho de sustitución a favor de sus descendientes para caso de premoriencia o incapacidad para suceder, y de acrecer en su caso. En caso de renuncia, será sustituta su esposa, a quien instituye heredera en defecto de todos sus descendientes. Tercera.— Nombra albacea, contador-partidor, con facultad de entregar legados, para el caso de que lo solicite alguno de los interesados en su herencia y con prórroga del plazo legal por todo el tiempo que le sobreviva su esposa y dos años más, a doña Maria Rosa P. G...". El contador partidor adjudica a la viuda el usufructo universal de todos los bienes y a la hija la nuda propiedad. En su calificación el registrador de la Propiedad de Colmenar Viejo número 1 entiende que es necesario el nombramiento de un defensor judicial ya que puede darse conflicto de intereses. Existe un autocontrato cuando una sola voluntad determina las consecuencias de un acto jurídico que repercute en la esfera de dos personas distintas. Y ese autocontrato está prohibido cuando existe un conflicto de intereses, es decir cuando la satisfacción de uno de los intereses en juego puede dar lugar al menoscabo del interés del otro sujeto. Es decir, no todo autocontrato es un autocontrato prohibido, la concurrencia de intereses distintos no siempre es equivalente a la existencia de un conflicto de intereses y no es lo mismo conflicto de intereses que intereses distintos».

IV

El registrador emitió informe el día 23 de abril de 2013 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 163, 272, 806, 813, 820, 834, 839, 1.056, 1.057, 1.058, 1.060, del Código Civil, artículos 80 y 81 del Reglamento Hipotecario, sentencias del Tribunal

Supremo de 15 de octubre de 1973; 12 de junio de 1985; 8 de marzo de 1989; 17 de enero de 2003, y las Resoluciones de este Centro Directivo de 9 de marzo de 1927; 12 de noviembre de 1985; 27 de enero de 1987; 14 de marzo de 1991; 10 de enero de 1994; 6 de febrero y 3 de abril de 1995; 24 de marzo de 2001; 15 y 17 de mayo, 19 de septiembre y 6 de noviembre de 2002; 11 de marzo y 15 de septiembre de 2003; 29 de marzo, 14 de septiembre y 4 de noviembre de 2004; 31 de marzo, 23 de abril y 13 de octubre de 2005; 14 de diciembre de 2006; 20 de julio y 17 de agosto de 2007; 9 de marzo de 2009; 13 de diciembre de 2010; 10 de enero, 23 de mayo, 4 de septiembre, 31 de octubre y 11 de diciembre de 2012, y 29 de enero de 2013.

1. En el presente recurso se debate el carácter de la función y el alcance de las facultades partitivas del albacea-contador partidor de una herencia, especialmente sobre su legitimación para llevarla a cabo, habida cuenta de que está interesada una heredera y legitimaria menor de edad, y que hay un llamamiento usufructuario, recayente en la universalidad de la herencia, a favor de la madre de ésta.

Son circunstancias relevantes las siguientes:

- a) La partición de la herencia se lleva a cabo por el contador partidor y se formaliza en el correspondiente instrumento público.
- b) A la escritura comparece, además de aquél, la legataria, por sí y en representación de su hija, al efecto de a) formalizar la aceptación de los llamamientos testamentarios que respectivamente se les defieren, b) aceptar las adjudicaciones y c) para dejar constancia que han sido convocadas a la formación de inventario.
- c) Hecho el inventario, todos los bienes inventariados se califican y declaran privativos del causante.

2. Debe partirse de que en el presente caso se trata de una partición llevada a cabo por el contador partidor testamentario. La concurrencia de un contador partidor permite que el proceso de partición hereditaria se gesticione, si bien en interés de los herederos, legitimarios y legatarios, y demás personas llamadas legal o testamentariamente a la sucesión, al margen de los mismos.

El contador partidor consiste en un 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. De esta forma, mientras que la actuación del comisario respeta el ámbito de su encargo, en principio meramente particional, se le inviste de una especial potestas, que le permite gozar de total legitimación para actuar, hasta agotar todo el proceso partitivo que se ultima con la distribución y adjudicación del caudal hereditario. Mediante la previsión en su última voluntad de su intervención en el fenómeno sucesorio, configura el testador un instrumento o mecanismo privado de solución de controversias y de conflictos particionales.

3. En efecto la actuación del contador partidor en el curso del proceso particional cobra su mayor significado cuando concurren una pluralidad de personas y, en consecuencia, confluyen una diversidad de intereses que eventualmente pueden presentarse como antagónicos. Su función principal consiste entonces en articular la partición, sobre la base del mandato testamentario, dirimiendo los eventuales conflictos y colisiones, mediante el ejercicio del poder inherente a su función, que le permite llevar a cabo todas las operaciones particionales y rematar el proceso mediante la liquidación y el reparto de la masa hereditaria y la atribución de los bienes del decuius entre todos los llamados, sin necesidad de contar con su intervención y asentimiento.

El comisario, como tal, está ungido de poder suficiente para realizar la partición por sí sólo, de modo que no requiere la intervención de los legitimarios (cfr. Resolución de 29 de marzo de 2004) ni de los herederos, ni por ello es necesario que fuesen éstos «mayores y tuviesen la libre administración de sus bienes». Y puede acometer este encargo con independencia de cómo se presenten los intereses –al margen de su grado de contraposición y de que tengan o no riesgo de colisión– de los llamados a la sucesión. Sólo fuera de ese campo de actuación, 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.

4. Consiguientemente, a diferencia de la partición convencional, la partición de herencia hecha por el contador-partidor testamentario se configura como un acto o decisión unilateral en el más amplio sentido del término. Sólo requiere su concurso. De aquí se sigue que no se precise el consentimiento ni la intervención de ningún interesado, al margen del título de su llamamiento o de su carácter legitimario, y cualquiera que sea el «status personae» o civil del mismo y su capacidad de obrar y con independencia, igualmente, de cómo se presenten o confluyan sus intereses, ya sea o no en términos de contraposición.

Estas consideraciones permiten constatar que la partición que el contador partidor concluye dentro del ámbito de su competencia, goza de la misma eficacia que la practicada por el testador (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989); esto es, genera todos los efectos. Especialmente, produce per se, los efectos previstos en el artículo 1.068 del Código Civil, 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).

5. La autonomía partitiva del contador partidor determina que la autoría de la partición sea exclusivamente suya. Ciertamente –como ya tiene declarado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 10 de enero de 2012)– 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 herencia. 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 sujeto a cualquier orden de representación legal.

Precisamente, como consecuencia de la autoría particional que corresponde en exclusiva al partidor testamentario y de que se trata de una partición unilateral efectuada por el partidor, a diferencia de lo que ocurre en la partición convencional (cfr. 1058 del Código Civil) ningún heredero, ni por sí ni por otro, actúa como otorgante del negocio o acto partitivo. Por ello, aunque estén interesadas en la sucesión personas que no tiene plena capacidad de obrar, no surgen en el curso de la partición conducida por el contador supuestos de actuaciones sujetas a control o refrendo judicial, hipótesis que se limitan a los casos de actuación de un representante legal –sea tutor, curador o defensor judicial– como parte otorgante de un acto particional en nombre de un «alieni iuris».

Esta consideración aparece confirmada por el propio artículo 1057.3 del Código Civil que exclusivamente establece como única 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.

6. Como corolario de lo anterior (esto es, de que no hay ninguna relación representativa en este tipo de partición hereditaria, ni ninguna participación negocial –ni en nombre propio ni por representación– por parte de ningún interesado en el caudal hereditario, al ser efectuada la partición únicamente por el contador-partidor), puede afirmarse que tampoco puede haber riesgo real de conflicto derivado de que alguno de ellos represente (en el acto partitivo) los intereses de otros, pues como ya se expresó, tal eventualidad queda descartada por la actuación unilateral del contador partidor, en mérito a su función dirimente. El único conflicto posible es el que eventualmente pueda tener el propio contador con los restantes (o alguno de ellos) interesados en la partición

hereditaria. Pero una situación de contraposición de intereses con alguno o algunos de aquéllos le inhabilitaría para ejercer esta función particional. Por eso, en prevención de esa eventualidad, el artículo 1.057 permite que se encomiende la «facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos», prohibición que hay que entender que se extiende a cualquier persona en la que recaiga la misma razón justificativa que le inhabilite para ejercer el cargo. Ninguna incompatibilidad parece existir en este caso en que el partidor no tiene ningún interés propio en la herencia cuyo reparto le ha sido encomendado.

7. Analizadas las condiciones en que se concibe la partición hecha por el comisario, y sus efectos, procede centrarse en las concretas circunstancias que concurren en el caso examinado.

Cabe decir, en primer lugar, que en la escritura concernida por este expediente, en que otorga la partición el comisario, también comparece el cónyuge viudo, que además de intervenir por sí, lo hace en nombre de su hija menor y heredera universal. Sin embargo, esta circunstancia no desdice el carácter unilateral del negocio particional, cuya autoría corresponde en exclusiva al partidor. En efecto, lo que ocurre en este caso es que, a pesar de la unidad documental que representa la escritura pública otorgada, en la misma se formaliza una pluralidad negocial. El instrumento público que da origen a este recurso solemniza, además de la partición, otros actos como la aceptación de la herencia y la aceptación de las adjudicaciones particionales. Mas la concurrencia en un solo documento de esta diversidad negocial no borra ni desdibuja la autonomía de cada acto, y especialmente la autonomía y unilateralidad de la partición, ni los efectos que le son propios.

8. Igualmente se plantea a la cuestión relativa al juego del legado de usufructo universal y a la opción que confiere a los herederos forzosos el artículo 820.3 del Código Civil. Ciertamente el partidor está sujeto a la disposición testamentaria a la que debe cumplimentar, salvo cuando de modo patente infrinja el ordenamiento sucesorio. Mas este no es el caso, toda vez que el legado de usufructo a favor del cónyuge viudo, aun siendo universal, cuenta con el suficiente amparo normativo, si bien éste se cohonesto con la protección de los derechos legitimarios de los restantes herederos forzosos. El Código Civil, ante la presencia de un legado usufructuario que, además de comprender los tercios de libre disposición y mejora, se proyecta sobre el tercio de legítima estricta, no reacciona declarándolo ineficaz por atentar contra la intangibilidad de las legítimas de otros legitimarios; antes al contrario dicha situación se resuelve admitiendo en principio la posibilidad de dicho gravamen (artículo 813.2 del Código Civil), si bien reconociendo a los legitimarios afectados una vía de reacción, la que prevé el artículo 820.3 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, esta facultad que se reconoce a los legitimarios se restringe a un solo supuesto: Que se trate de un legado, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, circunstancia que se habrá de poner de manifiesto en las propias operaciones particionales. Y consiste esa facultad en una opción: «los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador». En el caso que nos ocupa el valor del usufructo que el comisario atribuye al cónyuge –según la cuenta de partición– absorbe un treinta y siete por ciento del valor de la herencia, cuota manifiestamente inferior a la que puede deferir el testador a su cónyuge (la que representa el tercio libre y el valor de la cuota viudal usufructuaria del tercio de mejora, cuota esta última cuya capitalización, según admite la doctrina, puede ordenar el testador). En principio, teniendo en cuenta la efectividad de las operaciones particionales (en tanto no se impugnen judicialmente), que ponen de manifiesto unos valores y cifras que constituyen la base contable de la partición y habida cuenta que el valor otorgado al usufructo adjudicado al viudo no representa, ni excede de la cuota de valor de la que el causante podía libremente disponer a su favor, no se daría el presupuesto que para el ejercicio de la opción establece el precepto antes transcrito (que «su valor se tenga por superior a la parte disponible»). Mas en todo caso, cualquiera que fuere el valor atribuible a ese usufructo del cónyuge viudo, si este hubiese sido ordenado por el testador, el comisario estaría vinculado a

dicha disposición testamentaria al realizar la partición, sin perjuicio del derecho de los legitimarios que se estimasen perjudicados (cualitativa o cuantitativamente) a hacer valer la intangibilidad de sus derechos forzosos, solicitando el complemento correspondiente, e incluso, la propia ineficacia de las disposiciones testamentarias o de las particionales, si éstas fueren incompatibles con el ejercicio de la opción que el citado precepto les reconoce. Es decir, el reconocimiento de este derecho del legitimario no constituye, a priori, un impedimento para la formalización de la partición por el comisario. Esta es la solución que ha venido manteniendo este Centro Directivo, tal y como se infiere de las Resoluciones de 17 de mayo de 2002 («puesto que la atribución testamentaria al cónyuge viudo tiene el carácter de legado, el albacea contador debe limitarse a entregarlo tal como ha sido configurado»), 6 de noviembre de 2002 y de 13 de diciembre de 2010.

9. La aceptación de los llamamientos hereditarios que otorga y formaliza el cónyuge viudo, en su nombre y en el de su hija menor, constituyen, como se ha dicho, actos jurídicos autónomos, a pesar que pueda haber cierta contemplatio del negocio partitivo, del que resulta claramente que no se trata de una herencia damnosa.

Mas esta aceptación que lleva a cabo el cónyuge superviviente en el doble concepto en que interviene no revela contraposición alguna de intereses, ni es susceptible –por tal motivo– de causar perjuicio alguno a la representada, pues no le altera, reduce, restringe o modifica, en modo alguno, su «ius succedendi». Antes al contrario, permite el acceso irrevocable al patrimonio de la menor de la indudable ventaja patrimonial inherente al llamamiento hereditario que se acepta. No ocurriría lo mismo si en ejercicio de aquella representación se hubiese repudiado la herencia, con el efecto del acrecimiento impropio de los derechos de la representante.

10. Tampoco afecta a los derechos de la menor, ni los pone -en modo alguno- en riesgo de conflicto, la aceptación que efectúa la viuda de las adjudicaciones que se verifican a favor de ésta por parte del comisario. Sin embargo, no resulta del todo intrascendente tal aceptación, por cuanto evita toda discusión sobre los efectos del carácter opcional o alternativo del legado de usufructo que se le defiende y su eventual derecho a que el partidor tenga en cuenta su facultad de elección y le permita ejercerla durante el proceso partitivo (cfr. Resolución de 29 de enero de 2013). Su conformidad explícita –formalizada públicamente– con la adjudicación usufructuaria, que se le efectúa en pago de sus derechos hereditarios, confirma en ese aspecto la eficacia de tal atribución.

11. Sin embargo otra consideración merece la aceptación de la adjudicación a favor de la menor que, en su nombre, efectúa su madre. En la medida en que pudiera obstaculizar el derecho de aquella a impugnar la partición y dada la interdependencia de las adjudicaciones (en usufructo y nuda propiedad) que atribuye el partidor a la viuda y a la heredera menor, en cuyo nombre también interviene aquella, debe entenderse que sobre este concreto acto jurídico se proyecta un riesgo eventual de colisión de intereses entre representante y representada. Por ello no debe reconocérsele trascendencia a la aceptación de lo que se atribuye a la menor, en tanto no sea ratificada en legal forma.

Mas el hecho de que se tenga por no efectuada dicha aceptación, o de que no se le reconozca trascendencia, no impide la inscripción de las titularidades que resultan de la partición que elabora el partidor testamentario. De manera reiterada así lo ha venido sosteniendo la doctrina de este Centro Directivo, que admite el acceso registral de las adjudicaciones efectuadas a una heredera, a pesar de que no haya formalizado la aceptación de la herencia (cfr. Resoluciones de 19 de septiembre de 2002, 13 de octubre de 2005 y 17 de agosto de 2007), circunstancia negativa que ni siquiera se da en este caso, en que la herencia ha sido debidamente aceptada (por representación). Lo único que queda en entredicho es la relevancia o eficacia de la aceptación por parte de una heredera de la partición (realizada por el comisario), cuya falta, como quedó dicho, en medida alguna afecta a la inmediata eficacia del meritado acto partitivo ni a su inscribibilidad (cfr. Resolución de 13 de diciembre de 2010).

12. A mayor abundamiento de los razonamientos que preceden 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, fijación y determinación de legítimas, colación de donaciones, determinación del pasivo, liquidación, formación de lotes o hijuelas y su entrega y adjudicación a los interesados, incluso realizando divisiones, segregaciones o pagando excesos de adjudicación, si las fincas no tuvieran fácil división–, por las otras facultades legales si también es albacea y por las demás que le fueren atribuidas testamentariamente), crea un estado de derecho de validez 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 contador con lo querido por el testador, debiendo estarse, mientras tanto, a la partición realizada notarialmente por éste.

Esta Dirección General ha acordado la estimación del recurso, en los términos que resultan de las precedentes consideraciones.

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