

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12397 *Resolución de 4 de octubre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Vitoria n.º 5, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional.*

En el recurso interpuesto por doña M. B. A. O. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Vitoria número 5, doña María Carolina Martínez Fernández, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Vitoria, don José Manuel Jiménez del Cerro, el día 20 de enero de 2017, con el número 103 de protocolo, se otorgaron las operaciones particionales ocasionadas por el óbito de don P. P. C. –fallecido el día 26 de julio de 2016–. Intervinieron en la escritura la viuda, doña M. B. A. O., y el albacea contador-partidor designado en el testamento, don L. A. A. O. Dejó el causante viuda –compareciente y recurrente– y tres hijos de ese matrimonio: Doña M. E., doña N. y don S. P. A. En el último testamento del causante, de fecha 5 de abril de 1975, legó a su esposa el usufructo universal y vitalicio de sus bienes e instituyó herederos por partes iguales a sus tres hijos. Nombró contador-partidor a don L. A. A. O. En el cuaderno particional suscrito exclusivamente por el contador-partidor, resulta que los bienes del activo y del pasivo, según valoración del contador-partidor, son coincidentes y el valor de la sociedad de gananciales y de la herencia figura como cero euros, ya que existen préstamos y créditos hipotecarios no vencidos y en curso de pago ordinario, por importe igual al activo valorado del caudal hereditario; se manifiesta por el contador-partidor lo siguiente: «Teniendo en cuenta las especiales circunstancias que concurren en la presente liquidación de gananciales y partición de herencia, siendo que del resultado de los mismos, el activo y el pasivo ascienden al mismo importe, y puestas estas circunstancias en conocimiento de los tres hijos y herederos del causante, me indican que los mismos no tienen capacidad económica suficiente para asumir el pago de las cuotas de los préstamos, aunque se les adjudiquen bienes del activo ya que los inmuebles que existen son únicamente la mitad indivisa de una vivienda cuya otra mitad pertenece a la viuda y la vivienda habitual de la misma y los valores que existen en el activo son inferiores a las deudas que conforman el pasivo, y siendo por todo ello, que no se les adjudique bien alguno, ni activo ni pasivo».

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Vitoria número 5, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Doña María Carolina Martínez Fernández, Registradora de la Propiedad de Vitoria N.º 5, previo examen y calificación, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, he resuelto no practicar la inscripción solicitada por defecto conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/asiento: 66/1718 F. presentación: 18/05/2017 Entrada: 1523 Contenido: herencia Autorizante: José Manuel Jiménez del Cerro Protocolo: 103/2017 Hechos: Se presenta en este Registro escritura otorgada ante el Notario don José Manuel Jiménez del Cerro de fecha veinte de enero de dos mil diecisiete -protocolo 103/2017, en la que se procede a la liquidación de gananciales y partición de la herencia de don P. P. C. El citado causante

falleció el día veintiséis de Julio de dos mil dieciséis, bajo testamento otorgado el cinco de abril de mil novecientos setenta y cinco, ante el Notario de Oñate, Don Manuel Sagardía Navarro, en el que después de legar a su cónyuge el usufructo universal, y establecer que si al fallecer el testador quedaren hijos menores de edad, en sustitución del legado anterior, lega a su esposa, en pleno dominio, el tercio de libre disposición, sin perjuicio de la cuota legal de viudedad; en su cláusula tercera: «instituye herederos universales, por partes iguales a sus hijos E., N. y S. P. A...» En la escritura presentada comparecen el contador partidor, don L. A. A. O. y la viuda doña M. B. A. O., procediendo a la liquidación de la sociedad de gananciales y partición de la herencia adjudicando la totalidad de los bienes a la viuda, en base a la afirmación hecha por el contador partidor relativa a que: «teniendo en cuenta las especiales circunstancias que concurren en la presente liquidación de gananciales y partición de herencia, siendo que del resultado de los mismos, el activo y el pasivo ascienden al mismo importe, y puestas estas circunstancias en conocimiento de los tres hijos y herederos del causante, me indican que los mismos no tienen capacidad económica suficiente para asumir el pago de las cuotas de los préstamos, aunque se les adjudiquen bienes del activo, ya que los inmuebles que existen son únicamente la mitad indivisa de una vivienda cuya otra mitad pertenece a la viuda y la vivienda habitual de la misma y los valores que existen en el activo son inferiores a las deudas que conforman el pasivo y siendo que por todo ello, me solicitan, que no se les adjudique bien alguno ni activo ni pasivo.» tal como consta en el apartado VI del cuaderno particional. Fundamentos de Derecho: Debe suspenderse la inscripción solicitada en base a: 1/.—No constar si los hijos del fallecido son mayores o menores de edad, a fin de determinar cuál es la porción hereditaria a la que tiene derecho la viuda —artículo 18 LH.—. 2/.—Adjudicando todos los bienes a la viuda el contador partidor se está excediendo en sus funciones y llevando a cabo un acto dispositivo que requiere el consentimiento de todos los herederos, ya que su actuación ha de ajustarse plenamente al testamento al ser un instrumento de desarrollo y ejecución de la voluntad del causante sin que pueda hacer la partición en la forma que tenga por conveniente, y si se aparta de éste, la validez de la partición requiere el consentimiento unánime de los herederos conforme al 1059, 1061 del Código Civil y RDGR 23/04/2005; 10/12/2004 y 10/01/2012. Frente a lo anterior no es suficiente la alegación hecha por el contador partidor relativa a que los herederos le han «indicado» que no tienen capacidad económica suficiente para asumir los pagos de las cuotas de los préstamos... y que le solicitan que no les adjudique bien alguno, ya que ello supone una renuncia a la herencia, la cuál debe constar en documento auténtico o público o por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaria o del abintestato, según el artículo 1008 del Código Civil y no por mera «indicación» al contador partidor. Además si hubiere renuncia de todos los herederos (los hijos) llamados en el testamento, se produciría la apertura de la sucesión intestada, y no la adjudicación directa en favor de la viuda, que resulta ser mera legataria.—artículo 110 Ley 5/2015—. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta el artículo 21.2 del Derecho Civil Vasco 5/2015 de 25 de junio, en el que al establecer «El heredero responde de las obligaciones del causante..., hasta el valor de los bienes heredados...» resulta que en todo caso la aceptación es a beneficio de inventario sin que comprometa en modo alguno el patrimonio de los herederos. Por todo lo anterior, debe suspenderse la inscripción solicitada, en tanto en cuanto no sea ratificada por los herederos o se presente escritura de renuncia de éstos. Contra ésta nota de calificación se podrá (...) Vitoria a cinco de junio del año dos mil diecisiete La registradora».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. B. A. O. interpuso recurso el día 7 de julio de 2017 en el que, en síntesis, alega lo siguiente: Primero.—Que, respecto del primer defecto señalado, esto es, la falta de indicación de la edad de los herederos, basta una simple operación aritmética para saber que desde el año 1975 de otorgamiento del testamento, en el que se mencionan los herederos, hasta la fecha del fallecimiento del causante, han pasado suficientes años para que los herederos sean más que mayores de edad; Segundo.—Que la registradora «no se ha limitado a la validez de las formas

extrínsecas de la escritura de partición de herencia, presuponiendo una renuncia a la herencia que no se presume entre los interesados, y la que no puede entrar la Sra. Registradora, excediéndose de las facultades que le otorgan los artículos 18 LH y 98 Reglamento Hipotecario, infringiéndolos. El error de la Sra. Registradora está en considerar que es lo mismo que los herederos no quieran que se les adjudique ningún bien de los que figuran inventariados ni del pasivo, que renunciar a la herencia que tienen efectos diferentes», de manera que en este caso, si apareciesen otros bienes no tendrían derecho a ellos; Tercero.—«El fallecimiento del causante fue con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil del País vasco, que en su artículo 21.2: «El heredero responde de las obligaciones del causante, de los legados y de las cargas hereditarias hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación»». Teniendo en cuenta que en la Ley de Derecho Civil Vasco, los herederos sólo responden con los bienes que les son adjudicados, de tal forma que si no se les adjudica ningún bien, tampoco los acreedores podrán reclamarles nada, siempre tendrán la opción de si apareciesen nuevos bienes, aceptar el saldo entre activo y pasivo o en otro caso asumir la parte de deuda, lo que no tendrían si renunciaban a la herencia. La renuncia a la herencia debe ser expresa, clara y contundente (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1994); Cuarto.—El contador-partidor ha cumplido con la voluntad del testador de partir y adjudicar, y previamente ha liquidado, junto con el cónyuge, la sociedad de gananciales. Los herederos no desean que se leas adjudiquen bienes ni deudas porque sería como si se les vendiese por precio aplazado el bien, ya que tendrían que pagar parte de la deuda, y ni quieren ni pueden, ya que lo tendrían que detraer de sus ingresos que precisan para sus necesidades y, a cambio, tendrían un bien que no saben si lo podrán enajenar o no, o incluso en copropiedad con otros coherederos, siendo de su interés legítimo no asumir cargas ni tampoco renunciar si apareciesen otros bienes, y Quinto.—Las particiones realizadas por el contador-partidor junto con la viuda a los efectos de liquidar la sociedad de gananciales son inscribibles en el Registro y, conforme la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, deben estimarse subsistentes sin necesidad de que los herederos forzosos las aprueben con su consentimiento, mientras aquellas no se rescindan judicialmente. Tal facultad de partir no elude la obligación de verificar la partición antes de hacer la adjudicación de los bienes hereditarios a los que hayan de tener participación en los mismos, tanto en el concepto de herederos como de legatarios, lo que no obsta para que, una vez verificada, hayan de pasar por ella los interesados mientras no se rescinda judicialmente a su instancia. Ni en la legislación ni en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado se sostiene que las operaciones particionales llevadas a cabo por un contador-partidor necesiten el concurso de los herederos. (Resolución de 24 de marzo de 2001).

IV

Mediante escrito, de fecha 20 de julio de 2017, la registradora de la Propiedad emitió informe indicando que, a la vista del escrito del recurso presentado, revoca el primer defecto señalado en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1008, 1056, 1057, 1059, 1061 y 1062 del Código Civil; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; 21 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; 98 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2004, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de marzo de 2001, 21 de junio y 20 de septiembre de 2003, 1 de marzo de 2006, 25 de febrero, 16 de septiembre y 17 de octubre de 2008, 14 de septiembre de 2009, 6 de marzo de 2012, 29 de enero y 13 de junio de 2013, 28 de febrero, 10 de abril y 27 de mayo de 2014, 13 de febrero de 2015, 22 de julio de 2016 y 19 de enero de 2017.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de protocolización de operaciones particionales por contador-partidor testamentario en la que concurren las circunstancias siguientes: el contador-partidor adjudica activo y pasivo a la viuda dado que son iguales en cuantía y resulta un neto de cero euros, y nada adjudica a los herederos porque el saldo resultante del pasivo menos el activo es de cero euros; el contador-partidor hace la siguiente manifestación en el cuaderno particional: «Teniendo en cuenta las especiales circunstancias que concurren en la presente liquidación de gananciales y partición de herencia, siendo que del resultado de los mismos, el activo y el pasivo ascienden al mismo importe, y puestas estas circunstancias en conocimiento de los tres hijos y herederos del causante, me indican que los mismos no tienen capacidad económica suficiente para asumir el pago de las cuotas de los préstamos, aunque se les adjudiquen bienes del activo ya que los inmuebles que existen son únicamente la mitad indivisa de una vivienda cuya otra mitad pertenece a la viuda y la vivienda habitual de la misma y los valores que existen en el activo son inferiores a las deudas que conforman el pasivo, y siendo por todo ello, que no se les adjudique bien alguno, ni activo ni pasivo».

La registradora señala dos defectos, pero revoca el primero de ellos a la vista del escrito de recurso; por lo tanto, sólo será objeto de expediente el segundo de los defectos señalados, esto es, que manifiesta el contador-partidor que los hijos y herederos, al no tener capacidad económica suficiente para asumir el pago de las cuotas de los préstamos que constituyen el pasivo de la herencia, han solicitado que no se les adjudique bien alguno, ni activo ni pasivo, lo cual supone una renuncia a la herencia, la cual deberá constar en «instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría o del abintestato»; que la renuncia abriría la sucesión abintestato; que en el cuaderno particional que se protocoliza se adjudica todo el activo y pasivo a la viuda sin que a los hijos y herederos se les adjudique ningún bien; que no es suficiente es la simple manifestación realizada por el contador-partidor y por la viuda del causante de que los hijos y herederos les han expresado su voluntad de que no se les adjudique bien alguno al no poder asumir las deudas de la herencia.

La recurrente alega lo siguiente: que no es lo mismo que los herederos no quieren que se les adjudique ningún bien de los inventariados ni del pasivo, que renunciar a la herencia, lo que tiene efectos diferentes, de manera que en este caso, si apareciesen otros bienes no tendrían derecho a ellos; que en la legislación vasca, los herederos sólo responden con los bienes que les son adjudicados, por lo que si no se les adjudica ningún bien, los acreedores no podrán reclamarles nada, y siempre tendrán la opción de si apareciesen nuevos bienes, aceptar el saldo entre activo y pasivo o en otro caso asumir la parte de deuda, lo que no tendrían si renunciaban a la herencia; que la renuncia debe ser expresa; que las particiones realizadas por el contador-partidor, junto con la viuda a los efectos de liquidar la sociedad de gananciales, son inscribibles en el Registro y deben estimarse subsistentes sin necesidad de que los herederos forzosos las aprueben con su consentimiento, mientras aquéllas no se rescindan judicialmente y que, una vez verificada, han de pasar por ella los interesados mientras no se rescinda judicialmente a su instancia.

2. En primer lugar, hay que determinar si, como sostiene la registradora, esta falta de adjudicación a los herederos, habidas las circunstancias de un neto de cero euros, suponen una renuncia a la herencia con las consiguientes exigencias de su formulación en instrumento público.

Hay que reseñar que en la nota de calificación ha expresado la registradora que esa supuesta renuncia debió serlo en «instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría o del abintestato»; corresponde esta literalidad a la redacción del artículo 1008 del Código Civil anterior a la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, y siendo que el fallecimiento se ha producido en el año 2016, debe recordarse que el actual artículo 1008 establece que «la repudiación de la herencia deberá hacerse ante Notario en instrumento público».

Así pues, no habiéndose producido esta forma solemne, no hay tal renuncia de herencia. Pero es que tampoco se ha sugerido por el contador-partidor que aquella se haya producido, ni siquiera que los herederos tengan la intención de hacerlo, por lo que no

se ha producido más que una liquidación a los herederos, de valor cero, sin que se les adjudique nada.

No habiéndose producido la renuncia de herencia, los efectos son distintos porque, como bien sostiene la recurrente, la vinculación de los herederos a la herencia continúa en el sentido de que si apareciesen otros bienes que no se conocían al hacer el inventario, mantienen sus derechos indemnes. Y desde el punto de vista de las deudas, continúan como herederos respondiendo frente a los acreedores, si bien, tras la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil del País vasco, la responsabilidad lo será de forma limitada al caudal hereditario, ya que en su artículo 21.2 dice «el heredero responde de las obligaciones del causante, de los legados y de las cargas hereditarias hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación».

3. Sentado que no hay renuncia de la herencia, se trata de determinar si es posible y en su caso, si es preciso que intervengan los herederos en una partición hecha por el contador-partidor, en la que como ocurre en este supuesto, nada se adjudica a los herederos por adjudicárselo todo –activo y pasivo– a la viuda en pago de sus bienes gananciales y derechos en la herencia, suponiendo un neto de cero euros.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. «Vistos»), que siendo practicada la partición por el contador-partidor, no es necesaria la intervención de los herederos. La posibilidad de inscripción de la partición realizada por un contador-partidor sin el concurso de los herederos ha sido debatida desde antiguo y esta cuestión ha sido resuelta por este Centro Directivo (Resoluciones de 19 de septiembre de 2002 y 19 de julio de 2016). El contador-partidor conforme al artículo 1057 del código Civil tiene legalmente «la simple facultad de hacer la partición» si bien se ha interpretado con flexibilidad, de suerte que se incluyen entre las facultades del contador-partidor aquellas que hayan de ser presupuesto para el desempeño de esa función de contar y partir, lo que no cabe es admitir que pueda llevar a cabo actos que excedan de lo que la partición es y exige.

Ha dicho este Centro Directivo (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 de inventario del activo y del 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– está integrada por las otras facultades legales si también es albacea y por las demás que le fueren atribuidas testamentariamente, y que es válida y produce todos los efectos que le son propios mientras no se impugne judicialmente, de forma que solo los tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad de proceder del contador con lo querido por el testador, debiendo estarse mientras tanto, a la partición realizada por estos.

También es doctrina reiterada de este Centro Directivo (Resoluciones de 16 de septiembre de 2008, 14 de septiembre de 2009 y otras en los «Vistos»), en interpretación del artículo 1057 del Código Civil, que las particiones realizadas por el contador-partidor, al reputarse como si fueren hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles, sin necesidad de la aprobación de los herederos o legatarios, por lo que en principio causan un estado de derechos que surte todos sus efectos mientras no sean impugnadas; esta partición realizada por el contador-partidor, es inscribible por sí sola sin necesidad de la concurrencia de los herederos, siempre que no resulte del título particional extralimitación en sus funciones, sin perjuicio, claro está, de las acciones que posteriormente puedan ser interpuestas.

Desde la Resolución de 24 de marzo de 2001, cuya doctrina ha sido reiterada en numerosas otras de este Centro Directivo (vid. «Vistos»), no puede mantenerse el defecto de falta de consentimiento de los herederos legitimarios, cuando la partición ha sido otorgada por el contador-partidor designado por el testador; y esta partición es válida mientras no se impugne judicialmente; de forma que solo los tribunales de Justicia son competentes para, en su caso, declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse a la partición por ellos realizada.

4. Pero también establece la doctrina de este Centro Directivo, (por todas, la Resolución de 22 de julio de 2016) que esa partición es inscribible siempre dentro de los límites de las funciones del contador-partidor, esto es, que del título particional no resulte extralimitación en esas funciones, sin perjuicio, claro está, de las acciones que posteriormente puedan ser interpuestas por lo herederos o los legitimarios.

En este sentido la Resolución de 16 de septiembre de 2008 matiza la cuestión que nos ocupa cuando establece que esas funciones se concretan en la «simple facultad de hacer la partición» (cfr. artículo 1057 del Código Civil). Ciertamente, la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida; y es presupuesto básico de la partición hereditaria que, siendo posible, deban formarse lotes iguales o proporcionales no sólo cuantitativa sino también cualitativamente (cfr. artículos 1061, 1062, 1056 y 841 y siguientes del Código Civil).

También ha dicho este Centro Directivo que esa regla legal de la posible igualdad –que según la doctrina jurisprudencial no exige igualdad matemática o absoluta, cfr., por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2004– es respetada cuando, por ser de carácter indivisible, el único inmueble relicto es adjudicado por el contador-partidor a uno de los herederos abonando en exceso a los demás en dinero, sin perjuicio de la posible impugnación por los interesados, de modo que ha de pasarse entretanto por dicha partición mientras no sea palmariamente contraria a las legítimas o a lo dispuesto por el testador (cfr. Resoluciones de 21 de junio y 20 de septiembre de 2003).

Ahora bien, como se dice en la Resolución de 22 de julio de 2016: «la adjudicación de un bien de la herencia a uno de los interesados –la viuda– en pago de una deuda de la sociedad conyugal 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 (cfr., entre otras, las Resoluciones de 29 de enero de 2013 y 27 de mayo de 2014, entre otras)».

En el supuesto del presente expediente, en el nombramiento de albaceas, contadores-partidores que se realiza en el testamento, no se atribuyen al albacea contador partidor facultades expresas, por lo que ha de entenderse que sus facultades son las legales (artículos 902 y 903 del Código Civil), entre cuyas facultades no se encuentran las de realizar actos de disposición, con la excepción de lo previsto en el artículo 903. Por ello, no es preciso cuestionarse, si sería preciso, o no, el consentimiento de los legitimarios (de conformidad con las disposiciones de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco –cfr. artículo 48.1–), en el supuesto de que el testador hubiera expresamente atribuido al contador-partidor facultades dispositivas habiendo legitimarios.

Por lo tanto, en el supuesto de este expediente, al haber sido adjudicado todo el activo y pasivo a la viuda, y por lo tanto realizarse un acto sin consentimiento de los interesados con facultades de libre disposición de los bienes, existe extralimitación en las funciones del contador-partidor. En consecuencia, se precisa el consentimiento de éstos recogido de forma fehaciente.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar 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, 4 de octubre de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.