

MINISTERIO DE JUSTICIA

2146 *RESOLUCION de 1 de diciembre de 1984, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña María Esther García López y don Ignacio Perillán Sarandeses contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Luarca a inscribir una escritura de protocolización de cuaderno particional.*

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por doña María Esther García López y don Ignacio Perillán Sarandeses contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Luarca a inscribir una escritura de protocolización de cuaderno particional, en virtud de apelación de los recurrentes;

Resultando que por escritura otorgada el 18 de enero de 1983 ante el Notario de Navia don José Luis Rodríguez García-Robés, don Ignacio Perillán Sarandeses, como Contador-Partidor testamentario, y doña María Esther García López, viuda del finado, protocolizaron el cuaderno particional por fallecimiento de don Filiberto Infanzón Trelles, acaecido el día 2 de diciembre de 1980, bajo testamento abierto otorgado el día 19 de marzo de 1978 ante el Notario que fue de Navia don Fernando Planelles Chápuli, en el que además de legar a su esposa el usufructo universal y vitalicio de toda su herencia con cargo al tercio libre y si excede al de mejora, y ordenar diversos legados en favor de sus tres hijos, doña María Margarita, don Filiberto y don Rodrigo Infanzón García, dispuso la siguiente cláusula quinta: En el remanente de todos sus bienes derechos y acciones, nombra e instituye herederos por partes iguales a sus tres hijos anteriormente nombrados. Esto no obstante, su hijo Filiberto podrá elegir entre percibir su legítima estricta exigiendo al mismo tiempo el pago de las cantidades que se le adeuden como consecuencia del contrato de participación en beneficios de 23 de diciembre de 1967; o entrar a la sucesión por partes iguales con sus hermanos, trayendo a colación la parte de dichas cantidades que excedan de su retribución anual, que se estima en 300.000 pesetas por año, en pesetas de 1973, haciéndose la conversión para otros años con arreglo a los índices de variación del coste de la vida, publicados por el Instituto Nacional de Estadística. En el primer caso los tercios de mejora y de libre disposición se dividirán por partes iguales entre los hijos Rodrigo y María Margarita; cláusula sexta: Manda a su hijo Filiberto que haga saber a sus hermanos su elección dentro de los quince días naturales siguientes a aquel en que cualquiera de éstos le requiera notarialmente para ello. Si dejase pasar dichos quince días sin hacer manifestación alguna, se entenderá que elige la primera de las operaciones mencionadas en la cláusula anterior; cláusula octava: Ordenada los contadores-partidores que realicen su cometido teniendo en cuenta que es voluntad y deseo del testador, que sus hijos perciban iguales cantidades de su herencia, y que con esta finalidad se establece la cautela de la cláusula quinta, que en todo caso deberá ser tenida muy en cuenta. Esta norma de igualdad deberá inspirar siempre la solución de cualquier problema que plantee la partición. Y cláusula novena: Prohíbe la intervención judicial en su herencia y nombra contadores-partidores solidarios a don Jesús García Pertierra, Registrador de la Propiedad, y a don Ignacio Perillán Sarandeses, Abogado, vecino de Tapia de Casariego, con plazo de cinco años a contar del fallecimiento del testador. Podrán liquidar la sociedad de gananciales, delegar, interpretar este testamento y entregar legados;

Resultando que mediante acta de requerimiento formulada ante el Notario de Navia antes citado, con fecha 9 de noviembre de 1982, doña María Margarita y don Rodrigo Infanzón García invitaron a su hermano don Filiberto a que en el plazo de quince días naturales les hiciera saber su elección sobre la doble posibilidad contenida en la cláusula quinta del testamento de su padre, manifestando don Filiberto, en acta autorizada por el Notario de Oviedo don Enrique Franch Alfaro el día 2 de diciembre de 1982, en resumen, lo siguiente: Que el testamento paterno no corresponde a la verdadera voluntad de su padre, ya que la condición a la que somete el llamamiento a la herencia a partes iguales con los hermanos requirentes ha de ser calificada de torpe e ilícita, puesto que su padre sabía perfectamente que el contrato de participación en los beneficios que se cita estaba liquidado cuando otorgaba el testamento y resuelto, habiéndose adjudicado al compareciente ciertos bienes y derechos en pago de su haber; que las referidas atribuciones patrimoniales no son colacionables, ya que no tienen por causa actos de liberalidad del testador, sino que son consecuencia del trabajo del hijo y heredero; que los condicionamientos del testamento que tienden a anular, en perjuicio del heredero, aquellas atribuciones patrimoniales han de ser tenidos por nulos y por no puestos en el testamento paterno; que si bien es cierto que el padre pudo reducir la participación de su hijo Filiberto en su herencia al tercio de la legítima, estricta, pura y simplemente, es más cierto que no lo hizo así, sino que se utilizan unos condicionamientos, presuposiciones que han de ser calificados de torpes, ilícitos y

captatorios en beneficio de los requirentes, y además revelan de manera directa la influencia de los mismos en el ánimo del testador, por lo que son radicalmente nulos, y, finalmente, requiere a los albaceas para que, tomando en consideración estos hechos, procedan en consecuencia;

Resultando que presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Luarca fue calificada con nota del tenor siguiente: Denegada la inscripción de este documento con sus complementarios por los siguientes defectos: «1.º Infracción de los artículos 675 y 1.057 del Código Civil en relación con la cláusula 6.ª del testamento por: A) Atribuir el Contador a la manifestación contenida en el requerimiento notarial de 2 de diciembre de 1982 del Notario de Oviedo don Enrique Franch un significado distinto del que se desprende de sus términos. B) Porque la elección entre las opciones de la cláusula 5.ª del testamento corresponde al instituido y sólo cabe presunción de opción por la primera de ellas en caso de silencio puro. C) Extralimitación del Contador, al interpretar no un testamento, sino una declaración de voluntad que como hecho positivo es verídica en un requerimiento notarial. Insubsanable. 2.º Infracción de los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil por: A) No concurrir los requisitos de reciprocidad, derecho propio y liquidez y vencimiento de las deudas compensadas. B) Falta de aportación documental para fundar la eventual procedencia de la compensación legal realizada. C) Extralimitación de las facultades del artículo 1.057 del Código Civil al no constituir la compensación un acto particional unilateral del Contador. D) Porque la extinción de créditos por compensación hace inviable lo prevenido en la opción 1.ª de la cláusula 5.ª del testamento, que es la que el propio Contador acoge expresamente. Insubsanable. 3.º Infracción del artículo 45 de la Ley Hipotecaria y del "principio hipotecario de determinación" al faltar en la adjudicación "para pago" de deudas de la sociedad conyugal, concreción en bienes de entre los adjudicados por distintos conceptos en la partición del caudal relicto. Subsanable. 4.º Contradicción entre el principio de igualdad del párrafo 1.º de la citada cláusula 5.ª y la 8.ª, con la opción del párrafo 2.º de la reiterada cláusula 5.ª del testamento, ya que: A) Se exige colacionar bienes que ni tienen naturaleza de colacionables ni forman parte del haber partible, según el artículo 1.035 del Código Civil. B) Quedan incluidos en ella bienes no propios del causante, lo que infringe el artículo 699 del Código Civil. C) Constituye una condición imposible o contraria a derecho a tenor de los artículos 791 y 792 del Código Civil al carecer el instituido por sí solo de poder de disposición sobre bienes y créditos gananciales, cuya aportación a la masa lesionaría el principio de igualdad predicado en el testamento. Insubsanable. 5.º Infracción del artículo 397 del Código Civil en relación con el 16 de la Ley de Propiedad Horizontal en cuanto a las fincas 15 y 16 del inventario. Subsanable. Luarca, 7 de junio de 1983.-El Registrador.-Firma ilegible.»

Resultando que doña María Esther García López y don Ignacio Perillán Sarandeses interpusieron recurso gubernativo contra los extremos 1.º, 2.º y 4.º de la anterior nota de calificación y alegaron: En cuanto al extremo 1.º, que el Comisario se limita a constatar en el cuaderno particional que don Filiberto Infanzón García no ha dado contestación alguna a la pregunta, por lo cual entienden ejercitada la elección en la forma tácita prevista en el testamento paterno; que el Comisario tuvo que interpretar la contestación de don Filiberto, pues leer no es sino interpretar en texto escrito; que si sólo cabe optar por la primera solución de las contenidas en la cláusula 5.ª en caso de "silencio puro", quedaría a voluntad de don Filiberto el paralizar indefinidamente el cometido del Comisario; en cuanto al extremo 2.º de la nota, que el crédito y la deuda eran recíprocas, pues la reciprocidad existe desde que una persona es al mismo tiempo acreedor y deudor de otra; que resulta obvio que lo eran por derecho propio de cada una de las partes, es decir, don Filiberto, por una; y la sociedad de gananciales de sus padres, por otra; que el crédito de la sociedad de gananciales era exigible desde que nació, y el de don Filiberto, desde que se ejercitó su opción, y la liquidez resulta de la manifestación realizada por el Comisario en ejercicio de su misión específica; que la compensación no es acto, sino un hecho objetivo que nace de la voluntad de la Ley; que ninguna disposición exige acreditar documentalmente la magnitud del crédito o de la deuda, siendo el Comisario y no el Registrador el que debe darles su aprobación, y en cuanto al apartado D) de este extremo, que no hay inviabilidad alguna de la opción, porque ya no hay opción, pues ya está ejercitada la que había; en cuanto al apartado 4.º de la nota, que constituye una auténtica impugnación del testamento por parte del Registrador; que el testador puede ordenar su sucesión como mejor le plazca, sin otros límites que los derechos legítimos que, por supuesto, ha respetado; que la parte que don Filiberto Infanzón Trelles debe a su hijo Filiberto por consecuencia del contrato de participación en beneficios en lo que exceda de su justa retribución es liberalidad;

Resultando que el Registrador informó: En cuanto al extremo 1.º de la nota, que la interpretación por los Contadores-Partidores ha de atenderse al sentido literal de las palabras según numerosas

resoluciones; que la contestación, en un documento nuevo y distinto del testamento impide adoptar la fórmula del silencio (hecho negativo) y, por ende, la opción primera de la cláusula 6.^a del testamento; que el título de Contador-Partidor no inviste de un poder omnímodo para realizar la partición "como tenga por conveniente", facultad que el artículo 1.058 del Código Civil reserva a los herederos; que la complejidad y los hechos nuevos aportados en la contestación del requerimiento justifican el recurso a los Tribunales, previsto en el artículo 1.059, o a cualquier tipo de actuación transaccional contando con el heredero presuntamente perjudicado; en cuanto al punto segundo de la nota, que no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1.196 del Código Civil para que opere la "compensación legal", por lo que habría que acudir a la convencional, y ésta exige voluntariedad; que el Contador no puede por sí solo -o en unión del cónyuge superviviente- hacer jugar la compensación de créditos o deudas de dos sociedades de gananciales -la de don Filiberto padre o la de don Filiberto hijo- y créditos y deudas privativas, derivadas de la cualidad de heredero; que la compensación realizada incide en la fijación del caudal partible a efectos de determinación de las legítimas; que no se puede ejercitar la opción de la cláusula 6.^a del testamento paterno -que prevé exigir la legítima y pagar la deuda derivada del contrato de participación en beneficios- si tal deuda ha quedado extinguida por compensación; en cuanto al extremo 4.^o de la nota, que se vulnera el principio de igualdad, testamentariamente perseguido, por inclusión en el juego de las opciones de bienes que no son propiedad del testador ni privativas del instituido; que calificar el exceso de remuneración de liberalidad parece infringir el carácter bilateral y no unilateral que debe tener la fijación de la remuneración a unos servicios, ya deriven de un contrato de participación en beneficios u otra relación negocial de tipo bilateral;

Resultando que el Notario autorizante del documento informó: En cuanto al primer defecto señalado en la nota, que el Contador no se extralimitó en su función interpretativa, sino que la facultad de interpretar no sólo se le atribuye expresamente en la cláusula 9.^a del testamento, sino que es inherente al cargo de Contador-Partidor, todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados de recurrirla en vía judicial; que la contestación al requerimiento, pese "a la complejidad de los hechos nuevos aportados", no excluye, sin más, la labor del contador, pues ello equivaldría a dejar en mano de un heredero la actualización del Contador nombrado por el testador, efecto no querido por éste; que la partición por el Contador tiene un carácter unilateral, por lo que no necesita de la intervención ni consentimiento de los herederos; respecto al defecto segundo de la nota, que es facultad del Contador determinar el activo neto de la herencia, para lo que ha de fijar previamente las deudas hereditarias, existiendo entre éstas una deuda a favor del heredero don Filiberto, la cual se ha extinguido en la cantidad concurrente por compensación con un crédito que ostentaba la sociedad contra dicho heredero, cuyos justificantes constan al Contador; que el Contador no realizó la compensación, sino que relata el hecho de haberse producido "ope legis"; que el Registrador no puede exigir prueba documental, pues la calificación registral no puede invadir campos reservados a la decisión de los Tribunales a instancia de parte; que con esta solución no se hace inviable la opción, ya que el crédito a favor del heredero no se ha extinguido en su totalidad, sino sólo en la cantidad concurrente; en cuanto al defecto 4.^o de la nota ha habido un exceso en la calificación por parte del Registrador, ya que de las manifestaciones hechas por el testador no cabe afirmar que los bienes a que se refiere la cláusula 5.^a del testamento no sean propios del mismo ni del instituido, o que se constituya una condición imposible, pues ello dependerá de otras muchas circunstancias; que tampoco cabe afirmar a priori que no tienen naturaleza de colacionables determinados bienes que el testador reputa como tales dado el contenido del artículo 1.035 del Código Civil y la interpretación por parte de la jurisprudencia; que aunque el testador no puede disponer con eficacia real de lo que no es suyo puede, en cambio, imponer al heredero una determinada obligación que la asume al aceptar la herencia; por todo ello, no puede calificarse a priori que el testamento sea nulo, porque tanto esto como lo anteriormente indicado es de exclusiva competencia de los Tribunales, y mientras tanto ha de reputarse válido;

Resultando que el auto presidencial desestima el recurso interpuesto dado el carácter de insubsanable que tiene el defecto 2.^o, por lo que estima innecesario entrar en el estudio del defecto 4.^o, mientras que en cuanto al defecto 1.^o no se pronuncia expresamente, si bien la lectura de los primeros Considerandos del Auto revela que no lo aprecia como defecto.

Vistos los artículos 659, 667, 675, 1.057, 1.195, 1.196, 1.202, 1.346, 2.^o, y 1.347, 1.^o, del Código Civil; las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1932, 17 de abril de 1943 y 9 de mayo de 1968, y las resoluciones de 1 de julio de 1914, 28 de marzo de 1944, 28 de abril de 1945, 18 de diciembre de 1951, 25 de marzo de 1952, 17 de diciembre de 1955 y 6 de abril de 1962; Considerando que aun cuando en realidad no debiera entrarse en el examen

del defecto primero, ya que la lectura del Auto presidencial muestra claramente que procede la revocación del mismo, al haberse desestimado el recurso en términos generales y sin hacerse alusión en el fallo a este defecto, hace conveniente entrar en su examen y resolver la cuestión que aparece planteada; Considerando que la cláusula quinta del testamento del causante confiere a su hijo y heredero una facultad de elección ante la alternativa que el testador le ofrece, alternativa que habría de clarificarse por parte de aquél en la forma que señala la cláusula sexta de dicha disposición de última voluntad, y por el o no ha habido extralimitación por parte del Contador al cumplir lo establecido por el de cujus y así poder conocer la voluntad del heredero, y ante su silencio sobre este punto aplicar lo ordenado por el testador, cumpliendo su voluntad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil, al observar lo que aparece más conforme con la intención y tenor del testamento;

Considerando que las manifestaciones hechas por el instituido en contestación al requerimiento realizado por el Contador, no referidas a la pregunta concreta objeto del acta notarial, ponen de relieve una posible situación conflictiva, que podría dar lugar al ejercicio de las acciones judiciales correspondientes, pero están al margen del objeto concreto del requerimiento, y al no haber manifestado su voluntad el heredero sobre la alternativa que le plantea el testador, ante su silencio y una vez transcurrido el plazo de quince días que señala la cláusula sexta del testamento, en aplicación de la voluntad del causante -Ley de Sucesión- puede el Contador proceder a cumplir su misión a tenor de lo que el de cujus le había ordenado;

Considerando en cuanto al defecto segundo que una de las funciones del Contador-Partidor es la de determinar el caudal partible lo que exige a su vez la fijación tanto del activo como del pasivo hereditario, y en este último aspecto -determinación de las deudas hereditarias- de la lectura del documento calificado, se desprende máxime al no haberse aportado ningún tipo de comprobación sobre la pretendida liquidación de un contrato de participación de beneficios entre el causante y uno de los herederos, que el Contador-Partidor se ha extralimitado al ejercer el encargo, ya que ha procedido a señalar el saldo unilateralmente y sin contar con la aprobación o consentimiento de la otra parte interesada -en la que concurre, por otro lado, la cualidad de heredero- por lo que la prevención contenida en la nota de calificación aparece justificada, ya que al no constar esta aprobación y consiguiente determinación del importe líquido del crédito falta uno de los requisitos para que la compensación pueda tener lugar -artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil.

Considerando en cuanto al cuarto defecto, relativo a la discordancia que observa el Registrador entre el principio de igualdad establecido por el testador en el párrafo 1.^o de la cláusula 5.^a, y reiterado en la cláusula 8.^a de su testamento, en relación con la opción que a uno de los herederos le atribuye en la misma disposición de última voluntad, se hace preciso destacar la reiterada jurisprudencia de este Centro acerca de las facultades que corresponden al Contador-Partidor para interpretar la voluntad real del de cujus manifestada en el testamento y en el caso de que aquella no aparezca claramente indicada o permita diversas interpretaciones resolver en favor de la que estime más procedente, siempre que se ajuste a la Ley, respete las legítimas y se acomode a las reglas de la partición;

Considerando, en consecuencia, que el Contador-Partidor tiene la obligación de interpretar la voluntad testamentaria sin que tenga facultad alguna para declarar por sí su nulidad o ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de Justicia a solicitud de los herederos que procedan a su impugnación, por lo que no cabe apreciar este defecto, cuando el Contador, acatando la voluntad del causante, y ante el silencio del heredero afectado, aplica la primera de las dos opciones que el testador ha establecido -a elección del propio heredero- para el logro más justo y equitativo de la igualdad que ordena y reitera en dos de las cláusulas de su testamento;

Considerando que al haberse realizado la partición sobre la base de la primera de las dos alternativas, no se hace necesario entrar en las argumentaciones del funcionario calificador que tendrían su examen adecuado, en el caso de que la partición se hubiera realizado sobre la base de la segunda de las alternativas contenida en la cláusula quinta del testamento.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado en cuanto al segundo de los defectos señalados en la nota de calificación y revocar los defectos 1.^o y el 4.^o, únicos objeto de debate.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento, el del recurrente y efectos.

Madrid, 1 de diciembre de 1984.-El Director general, Gregorio García Ancos.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Oviedo.