

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

- 2143** *Resolución de 29 de enero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Burgos n.º 4, por la que se deniega la práctica de la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional.*

En el recurso interpuesto por don S. B. G. P., en su nombre y en representación de sus hermanos, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Burgos número 4, don Miguel Ángel Vallejo Martínez, por la que se deniega la práctica de la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el 26 de julio de 2012 por el notario de Madrid, don Rafael Vallejo Zapatero, con número 1.462 de su protocolo, se procede a la protocolización de cuaderno particional de herencia.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Burgos, número 4, el documento fue calificado con la siguiente nota: «El Registrador de la Propiedad que suscribe, previa la calificación del precedente documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98, 99 y 100 de su Reglamento, ha decidido no practicar su inscripción por no haber intervenido en la partición la legataria suponiendo la exclusión de la misma por el contador partidor una extralimitación de sus facultades, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos: Escritura de protocolización del cuaderno particional elaborado por el albacea, comisario, contador partidor nombrado por el testador. En la formación del cuaderno particional y en la escritura de protocolización han intervenido los herederos nombrados en el testamento, hijos del causante. No interviene ni comparece ni ratifica, doña A. P. a quien el testador ha legado, a elección de la misma, o el tercio de libre disposición en pleno dominio, o el usufructo vitalicio de un piso en Burgos, regulando como debe actuarse en el caso de que su valor perjudique a la legítima de los herederos forzosos. El legado está hecho «con la condición de que la expresada legataria le asista y acompañe hasta el final de sus días, procurándole y ocupándose de sus cuidados personales y médicos». En el cuaderno particional (base 4.2) el contador partidor entiende que no concurre en la legataria la condición impuesta por el testador por haberse roto el vínculo laboral y personal, y que ésta no ha podido acreditar de forma fehaciente el cumplimiento de la condición exigida por el testador, por lo que, incumplida la condición impuesta, el legado deviene ineficaz. Fundamentos de Derecho. El contador partidor no tiene facultades para interpretar que se ha incumplido la condición. No basta para considerarlo acreditado el hecho de justificar el fin de la relación laboral y el cambio de empadronamiento. No se puede por eso entender sin más, ni que de hecho haya dejado de residir en Burgos, ni sobre todo que haya dejado de asistir al testador en los términos que el estableció. El incumplimiento de la condición, caso de no ser admitido por la legataria, tendrá que ser alegado por los perjudicados en juicio. Ni el albacea, contador partidor ni el registrador tenemos elementos de juicio suficiente para considerar cumplida o incumplida la condición. Si el incumplimiento fuese tan indubitado como manifiesta el contador-partidor, el testador podría haber revocado el

testamento y no lo hizo. No sabemos si porque no quiso o porque no pudo. Aunque el contador pueda hacer la partición sin intervención de los herederos eso es siempre que se limite a contar y partir. En este caso su actuación excede de sus facultades. Así la Resolución de 14 de septiembre de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado señaló como la facultad de declarar inoficioso un legado excede de lo estrictamente particional y no puede el contador partidor ejecutar tal operación sin la concurrencia de todos los afectados por semejante declaración. La de 26 de febrero de 2001, que no puede atribuirse funciones decisorias que son privativas del testador como la de desheredar o revocar disposiciones testamentarias ni, en general, declarar por sí mismo su ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de Justicia a solicitud de los herederos que procedan a su impugnación. Tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente en procedimiento contradictorio y con una fase probatoria que no cabe en el procedimiento registral en el que ha de estarse al contenido literal del testamento, lo que impide admitir la inscripción de una partición en que el contador partidor se aparta de su contenido al estimar como ineficaz una disposición que judicialmente no se ha declarado como tal. Y aún mas clarificadora es la RS de 31 de marzo de 2005 en la que se señala que «si el Código Civil admite que el testador encomiende la «simple facultad de hacer la partición» a cualquier persona que no sea uno de los herederos (cfr. artículo 1057) y claramente prohíbe el testamento por comisario (artículo 670), resulta evidente que restringe el ámbito de las facultades por encomendar a aquél a lo que revela la propia denominación que actualmente le da el mismo artículo 1057, después de su reforma por la Ley 1/1996, de 15 de enero, la de contador-partidor, siendo ajena al mismo toda idea de fiducia testamentaria. En definitiva, las suyas son las funciones necesarias para transformar el derecho hereditario abstracto en titularidades sobre bienes y derechos concretos, para lo que habrá de ajustarse a la ley y a la voluntad del testador. Es cierto que a la hora de determinar cuales sean esas facultades es pacífica la admisión de una serie de actuaciones que no es que excedan de lo que sea la simple facultad de hacer la partición, sino que han de entenderse comprendidas en el ámbito de ésta en cuanto necesarias para el desempeño de la misma, entre las que se incluye la de interpretar el testamento. Pero tal función viene delimitada tanto por los medios, especialmente por lo dispuesto en el artículo 765 del Código Civil, como en cuanto a su fin, lograr que la partición de los bienes se ajuste a la voluntad del testador. Y si bien es cierto que en esa tarea puede subsanar y corregir ciertos defectos del testamento (vid, Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1952 o 24 de febrero de 1968), lo que no puede es atribuirse funciones decisorias que son privativas del testador como la de desheredar o revocar disposiciones testamentarias ni, en general, declarar por sí mismo su ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de justicia a solicitud de los herederos –o legitimarios– que procedan a su impugnación (cfr. la Resolución de 1 de diciembre de 1984).» No puede considerarse que basta con la comunicación realizada mediante burofax de obviar el legado. Así la Resolución de 3 de febrero de 1997 para un caso de legado de parte alcuota a la esposa del testador en que los herederos realizan la partición sin su intervención notificándole que si no se opone en un plazo de diez días entenderán que la acepta, señala como la imposibilidad de acceder a la inscripción solicitada es tan evidente como incomprensible la formulación de tal pretensión. Por una parte, la no intervención del cónyuge del causante determina la falta de validez y eficacia de todos los negocios contenidos en el documento calificado y en cuya virtud se pretende la inscripción, esto es, de la liquidación de la sociedad de gananciales (arts. 397, 402, 406, 1.344, 1.402, 1.410, 1.058 del Código Civil) de la partición hereditaria (arts. 807 y 1.058 del Código Civil) y de la conmutación del usufructo viudal (art. 839 del Código Civil), sin que dicha omisión puede entenderse subsanada por el peculiar mecanismo improvisado en dicha escritura, toda vez que, ante la falta de acuerdo entre los interesados no caben otros recursos que los legalmente previstos (cfr. arts. 839, 1.057 párrafo 2.º y 1.059 del Código Civil). Además la legataria lo es de parte alcuota. La doctrina dominante considera que el legatario de parte alcuota debe intervenir en el inventario y partición de la herencia, por estar facultado para solicitar la

división judicial de la misma (artículo 782 de la L.E.C.); criterio éste que ha sido confirmado por la D.G.R.N. Resoluciones de 1 de septiembre de 1976, de 22 de marzo de 2007, de 22 de junio de 2007. Si no existe acuerdo en la forma de practicar la partición entre los herederos y este legatario, se deberá acudir al juicio de testamentaria. Contra la precedente (...). El Registrador (firma ilegible) Fdo. Miguel Ángel Vallejo Martínez».

## III

La anterior nota de calificación es recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por don S. B. G. P., en su nombre y en representación de sus hermanos. Alega, respecto del incumplimiento de la condición impuesta a la legataria: Que acredita la baja en la Seguridad Social en septiembre de 2010; Que, previamente, su padre fue alojado en una residencia, aunque su dirección se niega a certificar este extremo; Que posteriormente no atendió al testador ni durante su estancia hospitalaria y contrajo nupcias, lo que se acredita; Que se comunicó a la legataria, por burofax, los términos de la partición, sin que respondiera; Que transcurrieron cuatro meses, que han de considerarse suficientes para tal respuesta; Que la partición realizada por el contador-partidor es válida en tanto no se impugne judicialmente; y, Que como bien dice el registrador, carece de competencias para establecer cumplida o no una condición.

## IV

El registrador emitió informe en defensa de su nota y elevó el expediente a esta Dirección General el 30 de noviembre de 2012, donde tuvo su entrada el 4 de diciembre de 2012.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 675, 1057 y 1059 del Código Civil; 782 Ley Enjuiciamiento Civil; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 27 de diciembre de 1982, 24 de marzo de 2001, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio y 20 de septiembre de 2003, 31 de marzo de 2005, 22 de marzo y 22 de junio de 2007, 14 de septiembre de 2009 y 18 de mayo de 2012.

1. Se debate en este expediente, como única cuestión, el alcance de las facultades interpretativas del contador-partidor –albacea, comisario, contador-partidor, dice el título– designado por el testador, conforme al Derecho Común, para interpretar el cumplimiento o incumplimiento de la condición impuesta por el testador a la legataria, conforme a la cual, ésta, «asistirá y acompañará hasta el final de sus días al testador, procurándole y ocupándose de sus cuidados personales y médicos». La cláusula de designación de los contadores, solidarios, se limita a conceder «las mas amplias facultades, incluso la de entregar legados» a los designados.

Considera el contador-partidor incumplida la condición puesta a la legataria y se limita a notificar por burofax a ésta, su intención de practicar la partición prescindiendo de ella. Pretensión sobre la que no obtiene respuesta.

2. Es doctrina jurisprudencial, pacífica, que las competencias del contador-partidor, se ciñen a contar y partir, realizando cuanto acto jurídico y material sea preciso para este objeto, incluso ampliamente según el concreto supuesto, por ejemplo realizando divisiones, segregaciones o pagando excesos de adjudicación, si las fincas no tuvieren fácil división. Para ello no precisa el contador-partidor el concurso de herederos, legatarios o legitimarios aunque si del viudo, si debe liquidarse previamente la sociedad conyugal.

3. Mas, si sus facultades para contar y partir son claras, en el estado actual de la doctrina de este Centro Directivo, todo lo que exceda de ello, inversamente, excederá también de las facultades del contador, de suerte que serán los interesados en el negocio dispositivo en cuestión –ciertamente en ocasiones en fina línea de distinción con lo participacional–, quienes deban exigir, en su caso judicialmente, su pretensión.

Según se deriva de los pronunciamientos citados en los «Vistos», resulta que el contador-partidor no puede realizar actos que excedan la partición: entre ellos, aunque no sea el caso, prescindir del viudo en la liquidación del régimen económico matrimonial; realizar conmutación de la legítima del viudo; realizar hijuelas para pago de deuda; o atribuirse funciones privativas del testador, como es la revocación de disposiciones o la valoración de los supuestos de desheredación. Tampoco constituye acto particional decidir si una legataria a la que se atribuye en el testamento la opción de ser legataria de parte alícuota o recibir en usufructo una finca ha cumplido o no la condición impuesta por el testador a la misma, sino que se trata de un presupuesto o cuestión previa a la propia partición, que sólo puede resolverse si se acredita que la interesada ha prestado su conformidad o ha sido resuelta la cuestión judicialmente en otro caso. En el ámbito extrajudicial, cabe también la acreditación del cumplimiento o incumplimiento de condiciones a efectos de la práctica de inscripciones, pero ha de tratarse de hechos que queden acreditados de modo directo y automático, no de hechos susceptibles de valoración o de posible contradicción. A efectos registrales, el silencio sólo puede ser admitido como declaración de voluntad tácita de conformidad cuando así lo establece la Ley o cuando la persona a la que se le comunica determinada decisión tiene la obligación de contestar o, dadas las circunstancias, tendría necesariamente que contestar en un determinado sentido. Tampoco se acredita si ha manifestado su conformidad por actos concluyentes.

4. El contador-partidor, que es asimismo albacea aunque ello nada añada en este caso, bajo su responsabilidad, valoró y decidió el incumplimiento de la condición, extremo aceptado, mediante la elevación a público del cuaderno, por los herederos del testador.

Pese a tal valoración, no consta en el testamento que el causante le atribuyera esa concreta facultad en relación al legado de parte alícuota ordenado acerca de la apreciación sobre el cumplimiento o incumplimiento de la condición impuesta a la legataria. No se trata tampoco propiamente de interpretación de la cláusula testamentaria, sino de interpretar los hechos determinantes del cumplimiento o incumplimiento de una condición establecida en el testamento.

5. Por ello, la valoración del contador-partidor respecto del legado, es claramente extralimitada respecto de la función de contar y partir, e incluso de interpretar el testamento. Como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 31 de marzo de 2005, las facultades de interpretación del testamento por parte del contador-partidor lo son siempre que no se extralimite del tenor del propio testamento. La existencia o no de incumplimiento de la condición impuesta relativa a una conducta y atenciones de la legataria hacia el testador, no puede ser resuelta por la mera comunicación a la interesada de la decisión tomada por el propio contador-partidor, sobre todo a efectos de la práctica de determinada inscripción. Hay que tener en cuenta que nuestro sistema registral se basa en los principios de presunción de exactitud y de fe pública registral, en virtud de los cuales, la inscripción se convierte en inatacable respecto a terceros que hayan confiado en el contenido de los asientos registrales si cumplen los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que requiere indudablemente que exista la previa calificación registral de legalidad que comprende no sólo los actos claramente ilegales sino los que determinan dudas sobre su eficacia o sobre la fijación de los hechos que constituyen una condición, como ocurre en este caso, máxime cuando no consta el consentimiento de la persona mencionada en el testamento.

6. Finalmente, la existencia de un burofax, del que deduce el recurrente una supuesta conformidad de la legataria en el incumplimiento de la condición, en nada modifica la solución dada. No vincula a la legataria lo partido sin su conformidad en escritura pública o sin que judicialmente se determine el incumplimiento de la condición, según consideran los interesados en la partición, ni tampoco el mero silencio respecto a la notificación por burofax.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos expresados en los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 29 de enero de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.