

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

16922 *Resolución de 13 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Colmenar Viejo n.º1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña M. L. A. R., abogada, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Colmenar Viejo número 1, don Ignacio del Río García de Sola, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 26 de febrero de 2021 por el notario de Tres Cantos, don Alfonso García-Perrote Latorre, se otorgaron por la contadora-partidora las operaciones de partición y adjudicación de la herencia causada por doña M. A. V. B., fallecida el día 1 de marzo de 2020 en estado de casada con don R. C. P., de cuyo matrimonio tuvo cuatro hijos, llamados doña R. M., doña M. E., don R. y doña M. A. C. V. Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento, otorgado el día 11 de noviembre de 2009 ante el notario de Tres Cantos, don José Ángel Gómez-Morán Echart, en el cual, entre otras, dispuso lo siguiente: «Primera: Priva a su esposo de la cuota legal usufructuaria por la causa 1.ª prevista en el artículo 855 del Código Civil. Segunda: Lega a su hija doña M. A. C. V. la legítima estricta que por ley le corresponde. Tercera: Lega a su hijo don R. C. V., con cargo de su parte de legítima -que expresamente reconoce- y en lo que excediese al tercio de mejora y si no fuera suficiente a cargo del tercio de libre disposición el pleno dominio de la casa sita en Tres Cantos (...) Cuarta: Lega a su hija doña M. E. C. V. con cargo al tercio de libre disposición y en lo que excediese al tercio de mejora, el pleno dominio del Dúplex sito en (...) propiedad de la testadora. Quinta: En el remanente de sus bienes, derechos, instituye herederos de todos sus bienes, derechos y acciones a sus dos hijas doña R. M. y doña M. E. C. V. Sexta: Sustituye vulgarmente a sus nombrados hijos por sus respectivos descendientes en cuantos derechos se les reconoce por el presente testamento y en su defecto entre sí. Séptima: (...) Octava: Prohíbe expresamente la testadora la intervención judicial en la adjudicación de su herencia para violar lo dispuesto en este testamento. El heredero que con tal fin la promoviere, quedará reducido a su legítima estricta. En este supuesto ordena de conformidad con lo dispuesto en el artículo 841 del Código Civil, que dicha legítima se pague en metálico (...) Décima: Nombra albacea, contador partidador de su herencia, con todas las facultades legales, incluida la expresamente determinada en el artículo 841 del Código Civil y con prórroga de un año más sobre el plazo legal a doña M. L. A. R.».

Interesa a los efectos de este expediente que la hija doña M. A. C. V. fue declarada incapaz y sometida al régimen de tutela por sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Colmenar Viejo de fecha 14 de julio de 2010, habiéndose nombrado el cargo de tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela del Adulto, que aceptó el cargo el día 4 de octubre de 2010; el hijo don R. C. V. estaba judicialmente incapacitado y sujeto a tutela por sentencia de fecha 1 de marzo de 2002 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Colmenar Viejo, habiendo sido nombrada tutora su hermana doña R. M. C. V., que aceptó su cargo el día 9 de septiembre de 2002.

Otorgaba la escritura la contadora-partidora, que hacía constar que había citado mediante burofax a los tutores de las personas incapacitadas a los efectos de la formación del inventario.

Se habían realizado las adjudicaciones siguientes: a doña M. A. C. V., con capacidad modificada judicialmente, le adjudicaba una participación de la vivienda, metálico, un tercio de un crédito funerario y un tercio del crédito de «Fórum Filatélico»; a don R. C. V., persona con capacidad modificada judicialmente, el pago de su legado a cuenta de su legítima y en lo que excediese, del tercio de mejora y de libre disposición, un porcentaje del inmueble legado, ya que había sido reducido por la contadora-partidora; a doña M. E. C.V., en pago de su legado, con cargo al tercio de libre disposición y en su exceso con cargo al tercio de mejora, se le había entregado en su totalidad un bien inmueble legado y, en pago de sus derechos como heredera, una participación del otro inmueble que es la vivienda, metálico, un tercio de un crédito funerario y un tercio del crédito de «Fórum Filatélico», y a doña R. M. C. V., en pago de sus derechos como heredera, una participación de la vivienda, metálico, un tercio del crédito funerario y un tercio del crédito de «Fórum Filatélico».

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Documento.

Escritura otorgada el veintiséis de febrero de dos mil veintiuno ante el Notario Alfonso García-Perrote Latorre, número 208 de protocolo.

Presentación.

Asiento 943 del Diario 128.–Vence el 17-06-2021 sin perjuicio de la prórroga derivada de esta resolución.

Calificada la escritura presentada se observan los siguientes defectos.

Primero. Deberá acreditarse la inscripción en el Registro Civil de los nombramientos de los tutores de los incapacitados en su condición de legatarios y legitimarios M. A. C. V. y de don R. C. V.

Disposiciones normativas: artículos 2 y 218 de la Ley del Registro Civil y resolución de la DGRN, hoy DGSJ y FP de 28 de octubre de 2014.

Fundamentación: Como declara la resolución citada la prueba de incapacitación y nombramiento de tutor requiere la inscripción en el Registro Civil, resultando que en tanto que no tenga lugar dicha inscripción, la resolución de nombramiento de tutor no es oponible frente a terceros.

Segundo. No consta que los tutores representantes legales de doña M. A. C. V. y don R. C. V. hayan intervenido en la formación de inventario con citación a sus representantes legales nombrados en virtud de resolución judicial.

Disposiciones normativas: artículo 1057 párrafo tercero del Código civil y resolución de la DGRN, hoy DGSJFP de 3 de julio de 2019 y 23 de octubre de 2020.

Fundamentación: El artículo 1057 del Código civil establece lo siguiente: "El testador podrá encomendar por acto 'inter vivos' o 'mortis causa' para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos"... "Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará, aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas."

Tercero. Con relación al legatario y legitimario don R. C. V., se dice en la escritura, exponen III que ha sido citada la Agencia Madrileña para la tutela de Adultos, en su calidad de tutor del citado incapacitado, incurriendo en incongruencia la escritura al constar en el exponen II que la tutora de don R. C. V. es su hermana doña R. M. C. V.

Cuarto. Deberá acreditarse la aprobación judicial de la partición al tener carácter dispositivo la partición efectuada por el contador partidor concurriendo como interesados los dos incapacitados en base a los siguientes hechos y fundamentos jurídicos.

(i) La testadora en su testamento otorga al contador todas las facultades previstas en el Código Civil y expresamente la facultad de pago en metálico de las legítimas, como así se ha efectuado a la legitimaria incapacitada de M. A. C. V.

(ii) Concurriendo como interesada en la partición la legitimaria incapacitada M. A. C. V., a la que se adjudica una tercera parte del Crédito Fórum Filatélico (número 7 del inventario) no consta el título de este crédito, su vencimiento, criterio de valoración contable ni identificación a efectos de su inventario y de la cuenta de partición realizada por el contador.

(iii) El legado de cosa determinada, propia del testador, primer legado en su testamento, a favor de don R. C. V. del inmueble número 1 del inventario, legitimario incapacitado, a cuenta de su legítima y en lo que exceda, del tercio de mejora y de libre disposición, ha sido reducido por el contador partidor, adjudicándole un 85,2855133%. Considerando que el segundo legado del testamento dispuesto a favor de la legataria, legitimaria y heredera doña M. C. V. del inmueble identificado con el número 2 del inventario, con cargo al tercio de libre disposición y en su exceso con cargo al tercio de mejora, se le ha entregado en su totalidad el bien inmueble legado, lo que ratifica el carácter dispositivo de la partición realizada por el contador partidor que está facultado en el testamento para pagar las legítimas en metálico, conforme al artículo 841 del Código civil, por lo que la partición requiere de aprobación judicial.

Disposiciones normativas: artículo 272,1 del Código y 93, 2b de la Ley 15/2015, 992 y 998 del Código Civil y Resoluciones de la DGSJFP de 23/10/2020, 26 de junio de 2019 y 11 de enero de 2018.

Fundamentación: Como declara la Resolución de 11 de enero de 2018 «El contador-partidor, por tanto, no está limitándose a contar y partir los bienes del causante, sino que decide no ejercitar la facultad de pago de la legítima en metálico y optar por la partición ordinaria manteniendo la naturaleza de la legítima que es "pars bonorum" y que debería consistir necesariamente en bienes de la herencia, excluyendo el supuesto del artículo 841 que constituiría una excepción y daría amparo legal al hipotético cambio de la naturaleza de la legítima desde "pars bonorum" a "pars hereditatis".

La Resolución de 26 de junio de 2019 en su apartado 2. Dice: "Antes de entrar en el fondo de la cuestión debatida, hay que precisar que el defecto señalado por el registrador y que es objeto de recurso, se refiere tanto a la autorización judicial previa como a la aprobación posterior de la partición, siendo que el notario recurrente nada objeta respecto de la posterior, que acepta. Es más, aclara en sus alegaciones, que la advertencia hecha en la escritura, no ha gozado de la precisión oportuna, siendo que se refería a la aprobación judicial de la partición a posteriori y no como parece literalmente, a la autorización judicial previa. En consecuencia, debe concluirse en que lo que se recurre de la calificación, es exclusivamente la necesidad de la autorización judicial previa, aceptándose, tal y como se pretendió advertir en la escritura, la aprobación judicial posterior".

En definitiva, se reitera la aprobación judicial, cuando el contador se aparte de lo meramente particional lo que sucede en la escritura presentada al concurrir los hechos que lo fundamentan y como interesados dos legitimarios en la situación jurídica de incapacitados, advertencia que no se ha realizado en la escritura presentada.

Queda prorrogado el asiento de presentación por plazo de sesenta días desde la última de las notificaciones que se efectúe al Notario autorizante y al presentador.

La identidad del Registrador responsable será la del titular del Registro en cada momento. (...)

Colmenar Viejo, 12 de mayo de 2021.—El Registrador Ignacio de Río Sola Este documento has sido firmado digitalmente por el registrador: don Ignacio del Río García de Sola con firma electrónica reconocida.»

III

El día 16 de junio de 2021, doña M. L. A. R., abogada, presentó en el Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo número 1 la documentación necesaria para la subsanación de los tres primeros defectos señalados e interpuso recurso contra el cuarto de ellos señalado en la calificación y en el que alegaba lo siguiente:

«A) Defectos subsanables:

Primera. En el correlativo se solicita acreditación de la inscripción en el Registro Civil de los nombramientos de los tutores de los incapacitados, doña M. A. y D. R. C. V. Entendemos que se trata de un defecto subsanable, aportando dichos certificados.

Segundo. Los tutores representantes legales de doña M. A. y D. R. C. V., han sido debidamente citados por la Contadora Partidora, de conformidad con lo establecido en el art. 1.057 del Código Civil.

Estando en mi poder los burofaxes remitidos a dichos representantes con acuse de recepción, se aportan, subsanando dicho defecto.

Tercera. En el correlativo se dice que hay error en la citada escritura, el Sr. Registrador dice textualmente: "con relación al legatario y legitimario don R. C. V., se dice en la escritura, exponen III que ha sido citada la Agencia Madrileña para la tutela de Adultos, en su calidad de tutor del citado incapacitado, incurren en incongruencia la escritura al constar en el exponen II que la tutora de don R. C. V. es su hermana doña R. M. C. V".

Con todo respeto, el error viene de su lectura, ya que la citada escritura en su exponen III, dice textualmente "En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 1057.3 del Código Civil la contadora-partidora doña M. L. A. R. hace constar que ha citado a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos y a doña R. M. C. V., en su calidad de tutores de doña M. A. C. V. y don R. C. V., respectivamente, para la formación de inventario de la herencia...".

De cualquier forma, se trataría igualmente de un error subsanable, pero esta parte de su lectura no percibe la aludida incongruencia, no se percibe ningún error.

En cuanto al título del crédito de Fórum Filatélico, que en el correlativo Cuarto (ii), se dice que no consta, el certificado de este Título consta en mi poder, el que podemos aportar y por tanto consideramos que también es un defecto subsanable.

B) Calificación recurrida:

Cuarta. Objeto de recurso: No conformes con el correlativo.—En mi calidad de Albacea Contadora Partidora de la herencia de doña M. A. V. B. he sido fiel a sus disposiciones testamentarias, haciendo las adjudicaciones que la masa hereditaria me permitía efectuar para respetar las legítimas de los herederos.

(i) En cuanto al pago en metálico de las legítimas, la testadora en su testamento dice textualmente: "Octava: Prohíbe expresamente la testadora la intervención judicial en la adjudicación de su herencia para violar lo dispuesto en este testamento. El heredero que con tal fin la promoviere, quedara reducido a su legítima estricta. En este supuesto ordena, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 841 del Código Civil, que dicha legítima se pague en metálico...".

En ningún caso me faculta la testadora expresamente para el pago en metálico de las legítimas, solo en el supuesto antes aludido (el heredero que promueva acciones judiciales...), pero si así fuera es imposible pagar las legítimas con dinero efectivo, ya

que en la masa hereditaria el dinero efectivo que hay en cuentas corrientes cuyos certificados constan en la escritura presentada es de 30.145,29.-€, y la legítima estricta que corresponde a los herederos es de 70.848,61.-€ a cada uno, por tanto no se pueden pagar las legítimas en efectivo, porque no hay metálico suficiente en la masa hereditaria.

¿Dónde dice en el testamento que se me faculta expresamente para el pago de las legítimas en metálico? En el testamento que nos ocupa, en ningún apartado.

Respecto a la legitimaria incapacitada M. A. C. V., no se le ha pagado su legítima en metálico, y no entiende esta parte como el Sr. Registrador hace tal aseveración, pues a los legitimarios se ha adjudicado el importe correspondiente a su legítima de la misma manera y con el mismo equilibrio: efectivo, crédito de Fórum Filatélico y porcentaje de la casa sita en Tres Cantos (...), con cargo al tercio de libre disposición.

(ii) En mi calidad de Contadora Partidora solicite a la tutora de D. R. C. V., doña R. C. V., que si tenía efectivo su tutelado podríamos pagar esa parte de las legítimas en metálico a fin de no desmembrar la propiedad, pero D. R. C. V. carece de metálico, y en la masa hereditaria como hemos dicho y, está acreditado que no hay metálico suficiente. y lo que de ninguna manera se puede admitir es que uno de los herederos diga que pone el metálico para adjudicarse un buena proporción, de la citada propiedad, porque en ese caso estaríamos ante una venta. Por ello, ante la imposibilidad del pago en metálico de las legítimas, se adjudica a todos por igual en pago de sus legítimas: metálico, crédito de Fórum Filatélico y el % con cargo al tercio de libre disposición de la casa de la calle (...)

(iii) Reitero que el legado a D. R. C. V. ha sido reducido en cuanto al exceso de la parte de libre disposición para el pago de la legítima estricta del resto de herederos.

En cuanto al segundo legado, a doña M. E. C. V., en cumplimiento de la voluntad de la testadora, en su testamento dice: Cuarta: "Lega a su hija doña M. E. C. V., con cargo al tercio de libre disposición y en lo que excediese al tercio de mejora, el pleno dominio del Dúplex sito en (...)", por tanto, no es con cargo a su legítima, la que hay que respetar porque es heredera por mitad del resto del patrimonio hereditario.

En su testamento la testadora hace constar en la séptima: que a lo largo de su vida ha hecho donaciones, préstamos personales, sin que estos últimos hayan sido amortizados y compraventas a favor de sus hijos de forma que con lo dispuesto en el presente testamento todos sus hijos han recibido de forma igualitaria todos sus bienes.

No puedo admitir el carácter "dispositivo" que se me imputa, diciendo "decide no ejercitar la facultad de pago de la legítima en metálico y optar por la partición ordinaria...", cuando en el testamento tan solo se me ordena el pago en metálico de legítima estricta para el caso de que un heredero promueva la intervención judicial en el testamento, por tanto me he limitado estrictamente a contar y partir los bienes de la testadora y no soy coheredera, soy persona ajena a la herencia, nombrada contadora partidora.

Entre las disposiciones normativas que enumera el Sr. Registrador, dejar claro que las casas legadas no constituyen vivienda habitual, ni hogar familiar ni de la testadora ni de ninguno de sus herederos, tampoco son objeto de transacciones mercantiles, y los artículos 272.1 Cc y 93.2b de la Ley 15/2015, 992 y 998 Cc., se refieren al ámbito de las obligaciones inherentes al cargo de tutor.

En cuanto a la exigencia de la autorización judicial, es innecesaria, tratándose de una partición unilateral efectuada por el contador partidor y no darse, en consecuencia, ninguna variedad de representación en el proceso particional, pese a que dos de los herederos interesados son personas incapacitadas, 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 contador partidor testamentario, cuando alguno de los interesados sea menor o incapacitado, la de citar a sus representantes legales a la formación del inventario.

Fundamentos de Derecho:

Artículos 1.057, 1.061 y 1.068 del Código Civil.

Fondo de la cuestión: En cuanto a la autorización judicial previa y posterior a la adjudicación de herencia, al haber dos incapacitados, ya ha sido zanjado este tema en multitud de Resoluciones de la DGSJFP:

1. Resolución de 26 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado: "hay que recordar la doctrina que emana de la Resolución de 18 de junio de 2013, según la cual, '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'". En consecuencia, en el caso de este expediente, no es necesaria la autorización judicial previa para la partición formulada por el contador-partidor testamentario, ni tampoco la posterior, al no apartarse las actuaciones realizadas por el partidor de lo meramente particional.

2. Resolución de 10 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (B.O.E 1424 de 30/01/2012): «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.

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 de los contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse, mientras tanto, a la partición realizada por éstos.»

IV

Mediante escrito, de fecha 23 de junio de 2021, el registrador de la Propiedad acordaba lo siguiente:

- Que, considerando que en las certificaciones del Registro Civil presentadas no consta la inscripción de los cargos tutelares, se acuerda ratificar el defecto primero.
- Considerar subsanados los defectos segundo y tercero de la nota de calificación.

– Iniciar expediente de recurso contra la nota de calificación. Dado el contenido del escrito de interposición, se entiende exclusivamente recurrido el cuarto defecto señalado en la nota de calificación.

El registrador emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Notificada la interposición del recurso al notario autorizante del título calificado, no había hecho alegación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 163, 233, 271, 272, 279, 1057, 1058, 1060, 1061 y 1068 del Código Civil; 27 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de noviembre de 2003; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 1987, 23 de julio de 1990, 14 de enero de 1991, 10 de enero de 1994, 6 de febrero y 3 de abril de 1995, 25 de abril de 2001, 19 de septiembre y 6 de noviembre de 2002, 14 de septiembre de 2004, 14 de julio y 13 de octubre de 2005, 17 de agosto de 2007, 18 de junio de 2010, 10 de enero, 8 de mayo y 31 de octubre de 2012, 18 de junio y 11 de julio de 2013, 16 de marzo y 18 de julio de 2016, 31 de enero, 13 de septiembre y 21 de diciembre de 2017, 28 de febrero de 2018 y 26 de junio y 3 de julio de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de febrero y 9 de octubre de 2020 y 15 de enero, 19 y 23 de febrero, 18 de marzo y 9 y 26 de junio de 2021.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias y los hechos siguientes:

– En la escritura, de fecha 26 de febrero de 2021, se otorgan por la contadora-partidora, las operaciones de partición y adjudicación de la herencia de la causante, fallecida el día 1 de marzo de 2020, en estado de casada, de cuyo matrimonio tuvo cuatro hijos.

– En su último testamento, de fecha 11 de noviembre de 2009, entre otras, dispuso lo siguiente: «Primera: Priva a su esposo de la cuota legal usufructuaria por la causa 1.^a prevista en el artículo 855 del Código Civil. Segunda: Lega a su hija doña M. A. C. V. la legítima estricta que por ley le corresponde. Tercera: Lega a su hijo don R. C. V., con cargo de su parte de legítima -que expresamente reconoce- y en lo que excediese al tercio de mejora y si no fuera suficiente a cargo del tercio de libre disposición el pleno dominio de la casa sita en Tres Cantos (...) Cuarta: Lega a su hija doña M. E. C. V. con cargo al tercio de libre disposición y en lo que excediese al tercio de mejora, el pleno dominio del Dúplex sito en (...) propiedad de la testadora. Quinta: En el remanente de sus bienes, derechos, instituye herederos de todos sus bienes, derechos y acciones a sus dos hijas doña R. M. y doña M. E. C. V. Sexta: Sustituye vulgarmente a sus nombrados hijos por sus respectivos descendientes en cuantos derechos se les reconoce por el presente testamento y en su defecto entre sí. Séptima: (...) Octava: Prohíbe expresamente la testadora la intervención judicial en la adjudicación de su herencia para violar lo dispuesto en este testamento. El heredero que con tal fin la promoviere, quedará reducido a su legítima estricta. En este supuesto ordena de conformidad con lo dispuesto en el artículo 841 del Código Civil, que dicha legítima se pague en metálico (...) Décima: Nombra albacea, contador partidor de su herencia, con todas las facultades legales, incluida la expresamente determinada en el artículo 841 del Código Civil y con prórroga de un año más sobre el plazo legal a doña M. L. A. R.».

– La hija doña M. A. C. V., fue declarada incapaz y sometida al régimen de tutela por sentencia del Juzgado el 14 de julio de 2010, habiéndose nombrado el cargo de tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela del Adulto, que aceptó el cargo el día 4 de octubre de 2010; el hijo don R. C. v. está judicialmente incapacitado y sujeto a tutela por

sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Colmenar Viejo de fecha 1 de marzo de 2002, habiendo sido nombrada tutora su hermana doña R. M. C. V., que aceptó su cargo el día 9 de septiembre de 2002.

– La contadora-partidora hace constar en la escritura que ha citado mediante burofax a los tutores de las personas incapacitadas a los efectos de la formación del inventario.

– Se han realizado las adjudicaciones siguientes: a doña M. A. C. V., con capacidad modificada judicialmente, le adjudica una participación de la vivienda, metálico, un tercio de un crédito funerario y un tercio del crédito de «Fórum Filatélico»; a don R. C. V., persona con capacidad modificada judicialmente, el pago de su legado a cuenta de su legítima y en lo que exceda, del tercio de mejora y de libre disposición, un porcentaje del inmueble legado, ya que ha sido reducido por la contadora-partidora; a doña M. E. C. V., en pago de su legado, con cargo al tercio de libre disposición y en su exceso con cargo al tercio de mejora, se le ha entregado en su totalidad el bien inmueble legado, y en pago de sus derechos como heredera, una participación del otro inmueble que es la vivienda, metálico, un tercio de un crédito funerario y un tercio del crédito de «Fórum Filatélico», y a doña R. M. C. V., en pago de sus derechos como heredera, una participación de la vivienda, metálico, un tercio del crédito funerario y un tercio del crédito de «Fórum Filatélico».

El registrador señala varios defectos de los cuales, dos de ellos son subsanados –segundo y tercero– y se recurre únicamente el cuarto de ellos: que deberá acreditarse la aprobación judicial de la partición al tener carácter dispositivo la partición efectuada por la contadora-partidora concurriendo como interesados los dos incapacitados.

La recurrente alega lo siguiente: que no ha sido facultada para el pago de la legítima en metálico en cualquier caso, sino que lo ha sido exclusivamente para el caso de que alguno de los herederos promoviera acciones judiciales, lo que no se ha producido; que no hay dinero ni metálico suficiente en la masa de la herencia para el pago de las legítimas; que a la legitimaria incapacitada doña M. A. C. V., no se le ha pagado su legítima en metálico, pues a otros legitimarios se ha adjudicado el importe correspondiente a su legítima de la misma manera y con el mismo equilibrio: efectivo, parte de un crédito y porcentaje de una casa, con cargo al tercio de libre disposición; que el legado a don R. C. V. ha sido reducido en cuanto al exceso de la parte de libre disposición para el pago de la legítima estricta del resto de herederos; que el legado a doña M. E. C. V. no es con cargo a su legítima, lo que hay que respetar porque es heredera por mitad del resto del patrimonio hereditario; que la contadora-partidora se ha limitado estrictamente a contar y partir los bienes de la testadora; que, en definitiva, no es precisa autorización previa ni aprobación judicial porque no se ha apartado de lo meramente particional; que, por tanto, la partición 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 de la contadora-partidora con lo querido por la testadora.

2. La partición del supuesto de este expediente está realizada por la contadora-partidora testamentaria, por lo que hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo (Resolución de 18 de junio de 2013) referida a este tipo de partición:

«(...) La concurrencia de un contador partidor permite que el proceso de partición hereditaria se gese, 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.

(...) En efecto la actuación del contador partidador 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.

(...) 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 partidador 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).

(...) La autonomía partitiva del contador partidador 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 partidador testamentario y de que se trata de una partición unilateral efectuada por el partidador, 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.

(...) 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 merito 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 1057 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».

3. A la vista de esta doctrina, hay que analizar la incidencia que produce la adjudicación a una persona con capacidad judicialmente modificada en una partición hecha por el contador-partidor testamentario.

En primer lugar, hay que recordar lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1057 del Código Civil, que exige que, en los casos de que haya en la partición coherederos sometidos a tutela, el contador-partidor deberá inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas, lo que, en el supuesto concreto de este expediente, tras la subsanación correspondiente, se ha producido.

Por otra parte, el artículo 272 del Código Civil, en su redacción vigente en el momento del otorgamiento de la escritura disponía que «no necesitarán autorización judicial la partición de la herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial», lo que se corresponde con el artículo 1060 del mismo texto legal en su redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: «Cuando los menores o personas con capacidad jurídica modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada». A continuación, la segunda parte del artículo 1060 se refiere a la intervención del defensor judicial designado en los casos de oposición de intereses u otros exigidos por la ley, para el cual se exige la aprobación judicial de la partición efectuada si el letrado de Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

En el supuesto de este expediente, habiendo personas con capacidad modificada judicialmente, la partición está realizada por la contadora-partidora testamentaria, por lo que, como se ha expuesto, 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 mismo, a diferencia de lo que ocurre en la partición convencional, ningún heredero, ni por sí ni por otro, actúa como otorgante del negocio o acto particional. Por ello, aunque estén interesadas en la sucesión personas que no tienen 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.

4. Así pues, en el caso de la partición hecha por el contador-partidor, y, por tanto, no habiendo oposición de intereses, no es precisa la autorización ni la intervención judicial en ninguno de los supuestos de representación de menores o personas con capacidad modificada judicialmente, por parte de los tutores o padres que ejercen la patria potestad, a diferencia del caso de intervención de los tutores, que exigiría por la ley la aprobación judicial de la partición efectuada. En el caso de existir oposición de intereses –lo que no se ha señalado en este expediente–, se exigiría el nombramiento de un defensor judicial que requeriría la aprobación del juez si el letrado de Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa en el nombramiento.

Pues bien, en el supuesto concreto, siendo una partición realizada por contador-partidor, y habiéndose cumplido la exigencia de la citación de los representantes legales de las personas con capacidad modificada judicialmente, como regla general, no es necesaria la autorización previa ni la aprobación judicial. Sentado que, siempre que se trate de una partición del contador-partidor sujeta a las disposiciones testamentarias, no es necesaria la autorización judicial previa ni la aprobación judicial posterior, hay que analizar ahora si existen variantes que exijan tales requisitos.

El registrador señala que debe acreditarse la aprobación judicial de la partición al tener carácter dispositivo la partición efectuada por la contadora-partidora concurriendo como interesados los dos incapacitados. Motiva la exigencia en que se ha reducido uno de los legados de una persona con capacidad modificada judicialmente, y en cambio, el segundo legado del testamento dispuesto a favor de una legataria, legitimaria y heredera capaz, de un inmueble determinado, con cargo al tercio de libre disposición y en su exceso con cargo al tercio de mejora, se ha entregado en su totalidad el inmueble legado; que además, podía haber utilizado la facultad de pagar la legítima en metálico para mantener la totalidad del legado reducido; lo que ratifica el carácter dispositivo de la partición realizada por la contadora-partidora que está facultada en el testamento para pagar las legítimas en metálico, conforme al artículo 841 del Código Civil, por lo que la partición requiere de aprobación judicial.

La recurrente opone a este defecto que no hay metálico suficiente en la herencia y que no puede imponer el pago con metálico extrahereditario, por lo que no es precisa autorización previa ni aprobación judicial porque no se ha apartado de lo meramente particional; que, por tanto, la partición 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 contador con lo querido por el testador.

En definitiva, la cuestión a resolver es si la contadora-partidora se ha limitado a realizar funciones meramente particionales o si ha realizado actos dispositivos excediéndose de su cargo.

5. Es criterio doctrinal unánime que la misión del contador-partidor consiste únicamente –valga la redundancia– en contar y partir, de modo que carece de facultades dispositivas, al ser las suyas simplemente particionales. Por ello ha de respetar la igualdad cualitativa en la formación de los lotes (cfr. artículo 1061 del Código Civil), evitando, en cuanto sea posible, los suplementos en metálico; aunque se ha entendido por autorizada doctrina que dicho precepto no impone una igualdad matemática absoluta, ni impone la participación de todos los herederos en cada bien de la herencia. En suma, que la regla de la igualdad es de carácter relativo y depende de las circunstancias del caso, y así, por ejemplo, este Centro Directivo en Resolución de 28 de febrero de 2018 declaró: «la regla del artículo 1061 del Código que impone la igualdad en la integración de los lotes de los herederos, referida principalmente a la partición hecha por contador-partidor, ha de tener como una de sus excepciones el supuesto que contempla el artículo siguiente, el 1062, para el caso de cosas indivisibles, y esta excepción entendida como simple acto particional, encajable por tanto dentro de las

facultades de los contadores partidores, ha sido interpretada con gran amplitud por la doctrina de este Centro Directivo -vid. Resoluciones de 10 de enero de 1903, 23 de julio de 1925, 6 de abril de 1962, 2 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 2003 y 16 de septiembre de 2008- al punto de considerar que es la solución más lógica cuando en la herencia existe tan solo un bien jurídico o económicamente indivisible».

Este Centro Directivo ha puesto de relieve (cfr. Resolución de 3 de julio de 2019) que «el contador-partidor no puede realizar actos que excedan de lo particional: entre ellos (...) 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. Ni tampoco podría proceder a la disolución de comunidad existente con un tercero (cfr. Resolución de 14 de septiembre de 2009)».

6. Por otra parte, no está de más traer a colación el fundamento de Derecho segundo de la Resolución de este Centro Directivo de 13 de mayo de 2003: «Ahora bien, la asignación de todos los bienes de la herencia a uno de los interesados imponiéndole la obligación de pagar los derechos correspondientes a los otros interesados en metálico supone transformar los derechos de éstos que de cotitulares de la masa hereditaria con cargo a la que, previa liquidación, han de satisfacerse sus derechos, pasan a ser titulares de un derecho de crédito frente a otro de los partícipes. Y ello 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 1.058 CC), 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. Otro tanto cabría decir del derecho de los legitimarios, intangible no sólo en el aspecto cuantitativo sino también en el cualitativo que, por más que de naturaleza discutida en Derecho común, no puede el contador partidor cambiar por un crédito frente a los herederos so pena de desvirtuarlo completamente, algo que el legislador ni tan siquiera permite en el caso de que el testador lo imponga o autorice (cfr. artículo 841) si no es con consentimiento de los afectados o aprobación judicial (artículo 843), amén del necesario respeto de otra serie de garantías como los plazos preclusivos de todo el proceso de partición y pago».

Y es que el cumplimiento de la voluntad del causante no exime de la obligación de respetar las reglas imperativas en materia de legítimas, pues en la partición de la herencia el contador-partidor no sólo debe ajustarse a la voluntad del testador, sino también a las normas legales de carácter imperativo, como son las relativas a la intangibilidad de las legítimas (así, Resolución de 18 de mayo de 2012); y este sometimiento ha de darse aunque sean circunstancias posteriores al otorgamiento del testamento las que provocan un desajuste entre lo querido por el testador y las disposiciones legales, pues en tal caso lo que ha de hacer el contador es partir la herencia ajustándose a la ley (así, Resolución de 20 de septiembre de 2003).

Debe recordarse que, como regla general, la legítima en el derecho común se configura como «pars bonorum» (así lo ha entendido este Centro Directivo) o como «pars hereditatis», lo que implica, en palabras del Tribunal Supremo que la legítima es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes de la herencia. Es decir, como ha reiterado este Centro Directivo, la naturaleza de la legítima como «pars bonorum» atribuye al legitimario el derecho a una porción del haber hereditario que debe adjudicada en bienes de la herencia.

No obstante, supondría una importante excepción, la aplicación del artículo 841 del Código Civil, ya que, si así lo establece expresamente el testador, permite a uno o

algunos de los descendientes, o al contador-partidor, en lugar de pagar la legítima de los demás legitimarios con bienes de la herencia, como es ordinariamente obligatorio, conmutar su cuota por un caudal que se pagará en efectivo metálico. Otra cuestión es si, aunque el precepto no lo establezca expresamente, se presupone que no es forzoso que exista en la herencia el metálico con que se debe pagar a los demás legitimarios. La doctrina y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012 han admitido que el pago de la legítima lo sea con metálico extrahereditario porque han afirmado que la finalidad de salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima y de la seguridad respecto del pago efectivo de la misma, viene también reforzada desde la perspectiva conceptual que presenta el pago en metálico de la legítima de los descendientes conforme al marco establecido en los artículos 841 y siguientes del Código Civil. Así, a diferencia de lo previsto en el artículo 1056 del Código Civil, y pese al mero tenor literal del artículo 841, «el testador o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél», en rigor, no están ordenando imperativamente la conmutación del pago de la legítima, sino facultando a alguno o algunos de sus hijos o descendientes para que, si así lo quieren, se adjudiquen todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no hereditario. En consecuencia, estos requisitos en los supuestos de los artículos 841 y siguientes del Código Civil solo son aplicables en situaciones muy tasadas en las que el testador lo ha autorizado o el contador-partidor ha sido autorizado para ello.

Ahora bien, si el contador-partidor, después de calcular la legítima, no puede proceder al pago en metálico de su cuota ya que tal cantidad no existe entre los bienes hereditarios del causante, sino que establece que tal cantidad sea pagada por los herederos, entonces no está limitándose a contar y partir los bienes del causante, sino que está transformando la legítima en un derecho de crédito frente a los demás herederos, a quienes ordena el pago en metálico de su cuota, pues pasan a ser titulares de un derecho de crédito frente a otro de los partícipes. Y ello 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. Otro tanto cabría decir del derecho de los legitimarios, intangible no sólo en el aspecto cuantitativo sino también en el cualitativo que no puede el contador-partidor cambiar por un crédito frente a los herederos so pena de desvirtuarlo completamente.

7. En el supuesto concreto, se han realizado las adjudicaciones siguientes: a doña M. A. C. V., con capacidad modificada judicialmente, le adjudica una participación de la vivienda, metálico, un tercio de un crédito funerario y un tercio del crédito de «Fórum Filatélico»; a don R. C. V., persona con capacidad modificada judicialmente, el pago de su legado a cuenta de su legítima y en lo que exceda, del tercio de mejora y de libre disposición, un porcentaje del inmueble legado, ya que ha sido reducido por la contadora-partidora; a doña M. E. C. V., en pago de su legado, con cargo al tercio de libre disposición y en su exceso con cargo al tercio de mejora, se le ha entregado en su totalidad el bien inmueble legado, y en pago de sus derechos como heredera, una participación del otro inmueble que es la vivienda, metálico, un tercio de un crédito funerario y un tercio del crédito de «Fórum Filatélico», y a doña R. M. C. V., en pago de sus derechos como heredera, una participación de la vivienda, metálico, un tercio del crédito funerario y un tercio del crédito de «Fórum Filatélico»

Por tanto, la contadora-partidora, con independencia de la contradicción entre dos de las cláusulas testamentarias -en una le faculta para el pago de la legítima en metálico para el caso de «violación» de lo dispuesto en el testamento, y en otra concede sin más la facultad de pago de la legítima en metálico conforme el artículo 841-, tras el cálculo de la legítima, aun cuando ha adjudicado participaciones de cuentas en metálico, realmente no ha procedido a utilizar la facultad de pago de la legítima en metálico porque no existe suficiente del mismo en el caudal hereditario, y ha hecho adjudicaciones de partes de bienes, participaciones en créditos y metálico del caudal hereditario, pero no ha

adjudicado los bienes de la herencia a algunos de los herederos con la obligación de pagar la legítima en metálico a los demás. En consecuencia, no ha usado la facultad concedida de pago de legítima en metálico conforme el 841 del Código Civil. Por tanto, este motivo no puede ser tenido en cuenta para considerar que se haya realizado un acto dispositivo que exceda del meramente particional.

Sin embargo, la contadora-partidora ha reducido el legado de una de las personas con capacidad modificada judicialmente, manteniendo íntegro el de la persona sin discapacidad alguna, y esto, excede de lo meramente particional. Este Centro Directivo ha afirmado (Resolución de 14 de septiembre de 2009) que no corresponde al contador-partidor decidir acerca de la inoficiosidad de las disposiciones testamentarias sin la concurrencia de todos los interesados, de manera que, excediendo de sus funciones de partir, el consentimiento expresado por el tutor requeriría de la aprobación judicial. En el mismo sentido, la Resolución de 29 de enero de 2013, que afirma que, 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.

Alega la recurrente la Resolución de 26 de junio de 2019, pero en aquel supuesto, se trataba de concurrencia de una partición que habían ratificado todos los herederos, entre ellos, el tutor de uno con capacidad judicialmente modificada. Además, en aquel caso, las actuaciones realizadas no se apartaron de lo meramente particional. Cita también la Resolución de 10 de enero de 2012, pero en aquel supuesto la partición del contador-partidor fue hecha con el consentimiento de todos los representantes legales de los interesados, y dentro del marco competencial del contador-partidor.

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, 13 de septiembre de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.