

ticamente intransmisible, quedará a salvo un eventual control judicial de tal extremo, atendiendo a tales circunstancias.

3. Por lo que se refiere al segundo de los defectos, en cada uno de los cuatro extremos a que se contrae, debe ser mantenido. El derecho de los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital al nombramiento de auditor que revise las cuentas anuales del ejercicio anterior es reconocido por los artículos 205.2 de la Ley de Anónimas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, cuya dicción no tiene posibilidad interpretativa alguna, como tiene señalado en múltiples resoluciones este Centro, teniendo a dichas normas por Derecho necesario.

Respecto del primero de los subdefectos, consistente en atribuir al Administrador de la sociedad la competencia para nombrar al auditor, procede confirmar el criterio de la Registradora: como los artículos 68.3, 147.2, 159 y 292.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, también en supuesto del artículo 205.2 de la misma Ley requiere que la designación del auditor la haga el Registrador Mercantil, lo cual se ajusta a la perfección con la finalidad de tal auditoría en que se trata de someter a juicio las cuentas anuales formuladas, precisamente, por el órgano de administración.

El segundo de los subdefectos rechaza que los estatutos exijan del solicitante del nombramiento de auditor la expresión de la causa de la solicitud. Esta cláusula, en efecto, resulta prohibida en la medida en que la sociedad la establezca para restringir el indicado derecho de la minoría a que se auditen las cuentas: ni los socios ni el órgano de administración pueden, en función de la causa alegada, restringir la auditoría de las cuentas. La causa de la solicitud es, como apunta la Registradora, objetiva: la ausencia de auditor que informe sobre la correspondencia de las cuentas con la realidad. Si se logra probar que fueron espúreas las motivaciones de la minoría que lograrse la auditoría, cabrá el ejercicio de las acciones correspondientes contra la minoría, dado que la ley no ampara el abuso de derecho ni su ejercicio antisocial (artículo 7.2 del Código Civil).

Según el tercero de los subdefectos, los estatutos no pueden requerir que las cuentas anuales no estén aprobadas. Ni la Ley ni el Reglamento antes citados establecen tal condicionamiento al indicado derecho, que, como apunta la Registradora, aunque principalmente esté destinado a servir a los accionistas para aprobar o rechazar las cuentas anuales presentadas por el órgano de administración, también puede servir para el ejercicio de acciones contra el mismo.

Y en cuanto al cuarto de los subdefectos, relativo a la imposición del gasto de la auditoría al solicitante, este Centro Directivo, en Resolución de 20 de marzo de 2001, ha admitido que en los estatutos de una sociedad anónima se establezca que los gastos serán de quien solicite la actuación del auditor, pero ello para el caso de auditor que valore, en caso de desacuerdo, las acciones que se pretenden transmitir y respecto de las cuales se ejercita derecho de adquisición preferente. Sin embargo, cuando se trata del caso que nos ocupa, de auditor del artículo 205.2 de la Ley de Anónimas, que juzgue las cuentas, este Centro siempre ha sostenido y sostiene ahora que no cabe alterar la previsión legal de que los gastos han de ser de cargo de la sociedad (cfr. la Resolución, citada por la Registradora, de 4 de octubre de 2002 recaída en expediente sobre nombramiento de auditor).

4. Por último, es de suma importancia denunciar el error en que incurre, en su informe, el Notario autorizante de la escritura presentada a inscripción, quien entiende que, siendo el contenido de tal escritura una elevación a público de acuerdo social, nada hay que proceda informar, pues no queda negativamente calificada ninguna de las actuaciones notariales por él realizadas, esto es, ni fe de conocimiento, ni juicio de capacidad, ni juicio de forma, subsistencia o suficiencia de poder. El error estriba en reducir sobremanera la actuación del Notario en la elevación a público de acuerdos sociales, cual si se tratase de una mera acta notarial de protocolización de la certificación del acta de tales acuerdos, haciendo dejación absoluta de la esencial función notarial de control de la legalidad del acto instrumentado (en el presente caso, unas modificaciones estatutarias).

Cabe recordar que una correcta técnica notarial requiere que la escritura de modificación de estatutos no se limite a constituir una remisión al contenido de la certificación que se incorpora (documento éste que simplemente se toma como base, mientras que lo que se eleva a público no es en sí la certificación sino el propio acuerdo -cfr. artículo 107 del Reglamento del Registro Mercantil); por el contrario, habrá de guardar la estructura propia de toda escritura pública y contener las declaraciones negociales del representante social, «con el fin de evitar que, por temeraria simplificación de la mecánica notarial, se quebrante el esquema conceptual del instrumento y pierda éste su fuerza, y aun su razón de ser, al traspasar a dichos apéndices [las certificaciones] lo que tiene lugar adecuado en el cuerpo de la escritura, para poder recibir en ella precisamente la virtud del otorgamiento y autorización» (Resolución de 7 de diciembre de 1956, según la cual «la función del Notario, funcionario público profesional del

Derecho, que debe redactar los instrumentos públicos «interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas para su eficacia», parece quedar rebajada en acto de tanta trascendencia como el contemplado y casi reducida a la redacción de un acta unida a un testimonio...»).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso parcialmente, con revocación del primero de los defectos expresados en la nota de calificación, y desestimarlos, con confirmación de la calificación, en cuanto al resto de tales defectos en los términos que resultan de los fundamentos de derecho que anteceden.

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 Registro en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en la Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 1 de diciembre de 2003.—La Directora General de los Registros y del Notariado, Ana López-Monís Gallego.

Sra. Registradora Mercantil de Ciudad Real.

664

RESOLUCIÓN de 2 de diciembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Luis Eduardo Sainz de los Terreros e Isasa, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Herrera del Duque, don José-Carlos Navajas Fuentes, a inscribir un Acta de Protocolización de Operaciones Particionales.

En el recurso gubernativo interpuesto por Don Luis Eduardo Sainz de los Terreros e Isasa, contra la negativa del Señor Registrador de la Propiedad de Herrera del Duque, D. José-Carlos Navajas Fuentes, a inscribir un Acta de Protocolización de Operaciones Particionales.

Hechos

I

Por Acta de Protocolización de Operaciones Particionales autorizada, el día tres de diciembre de dos mil dos, por el Notario de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, Don Antonio Roberto García García, bajo el número cuatro mil cuatrocientos treinta y cuatro de su protocolo general corriente de instrumentos públicos, Don Luis Eduardo Sainz de los Terreros e Isasa, en su calidad de Albacea y Contador Partidor, eleva a público las operaciones particionales practicadas con motivo del fallecimiento de Don Fernando Ch. S. G.. Las circunstancias de la aludida acta de protocolización constan especificadas en el Fundamento de Derecho 1 de esta resolución.

II

Presentada copia autorizada de la anterior acta en el Registro de la Propiedad de Herrera del Duque fue calificada con la siguiente nota: «Asiento 445 del diario 21 Herrera del Duque a 27 de diciembre de 2002.

Antecedentes de hecho

Primero.—Con fecha 7 de diciembre de 2002 fue presentada en este Registro de la Propiedad escritura otorgada en Las Palmas de Gran Canaria con fecha 3 de diciembre de 2002, ante el notario D. Antonio Roberto García García número 4434 de protocolo, por la que por fallecimiento de D. Fernando Ch. S. G., se adjudica a M.^a del Carmen S. G. dos terceras partes indivisas en dominio y a D.^a María Elena, D.^a María Rosario y D.^a María Josefa Ch. S. G., por terceras partes indivisas la tercera parte indivisa restante de la finca registral número 12 del término de Talarrubias.

Segundo.—En el día de la fecha el documento al que se refiere el apartado anterior ha sido calificado por el Registrador que suscribe apreciando la existencia de defectos que impiden la solicitud de inscripción, con arreglo a los siguientes

Fundamentos jurídicos

III

Primero.—Con arreglo al párrafo primero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras, por lo que resulte de ellas y de los asientos del registro.

Segundo.—En el presente caso se observan los siguientes defectos:

a) Habiendo quedado disuelta la sociedad de gananciales existente entre D. Fernando Ch. S. G. y D.^a María del Carmen S. G. por fallecimiento del primero, carece por sí solo el albacea contador partidor D. Luis Eduardo Sainz de los Terreros Isasa, de las facultades necesarias para liquidar dicha sociedad de gananciales, siendo preceptiva en el presente caso la intervención de la citada D.^a María del Carmen, como cónyuges superviviente.

b) No acreditarse mediante el oportuno certificado de defunción el fallecimiento de la madre del causante D.^a Elena S. G. M., siendo así mismo necesario, en el supuesto de que se acredite dicho fallecimiento, que se determine quienes son sus herederos, mediante aportación del correspondiente certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, de su testamento, o en su caso del acta de declaración de herederos, y a los efectos del artículo 1.057 párrafo III del Código Civil el estado de dichos herederos.

c) Que según se desprende de lo manifestado en la base 8.^a del cuaderno particional, en relación con los bienes gananciales, en el documento particional que nos ocupa, no se adjudica la totalidad del caudal hereditario, por lo que para que sea posible la inscripción del documento particional se hace necesario el consentimiento de todos los interesados en la herencia, no siendo suficiente la intervención exclusiva del albacea contador partidor. (Artículo 80-1 c) del Reglamento Hipotecario).

d) Si bien el artículo 908 del Código Civil le reconoce a los albaceas el derecho que le asiste para cobrar lo que le corresponda por los trabajos de partición u otros facultativos, entendemos que dicha facultad no implica que el albacea contador partidor pueda por sí solo adjudicarse bienes en pago de sus derechos sin la intervención de los herederos y demás interesados en la herencia, ya que pueden existir intereses opuestos entre los propios y personales del albacea contador partidor y los de los herederos y demás interesados.

Tercero.—La calificación de los documentos presentados en el Registro se ha de entender a los efectos de practicar, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales para que los interesados contiendan entre sí sobre la validez o nulidad del título, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento, de conformidad con los vínculos 66 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Parte dispositiva

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación: Don José Carlos Navajas Fuentes, Registrador interino del Registro de la Propiedad de Herrera del Duque, acuerda:

1.º Calificar el documento presentado en los términos que resultan de los fundamentos jurídicos antes citados.

2.º Suspender el despacho del título hasta la subsanación, en su caso, de los defectos observados, desestimando entre tanto la solicitud de la práctica de los asientos registrales.

3.º Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y al Notario que lo ha expedido, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 58 Y59 de la Ley 30/1.992, de 26 de Noviembre, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común. Esta nota de calificación negativa, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, lleva consigo la prórroga automática del asiento de presentación por un plazo de 60 días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el párrafo precedente. Contra esta calificación podrá interponerse recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de un mes desde su notificación, en la forma y por los trámites previstos en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento, o instar la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275. Bis de la Ley Hipotecaria en el plazo de 15 días siguientes a la notificación de esta calificación negativa por el procedimiento regulado en el artículo 19. Bis de la Ley Hipotecaria. El Registrador, Fdo.: José Carlos Navajas Fuentes.»

Don Luis Eduardo Sainz de los Terreros e Isasa, interpuso contra la anterior calificación, recurso gubernativo y alegó: Que la calificación registral como control de legalidad del acto inscribible es requisito imprescindible para que una escritura de Protocolización de Operaciones Particionales, tenga acceso al Registro y pueda dar lugar al asiento registral con todos los efectos que la legislación hipotecaria reconoce y la calificación registral debe limitarse a los solos efectos de practicar la inscripción o de rechazarla (artículo 100 del Reglamento Hipotecario). Que la escritura presentada a inscripción, cumple la previsión del párrafo primero del artículo 1.057 del Código Civil, sin que, por el contrario, sea de aplicación el párrafo tercero del mismo precepto, citado por el Registrador, que se refiere a una situación completamente diferente. Que por lo que se refiere al primer defecto, debe ser rechazado, pues, la sociedad de gananciales existente entre el causante y su esposa ha quedado disuelta por el fallecimiento del marido, pero ello no afecta en absoluto a las operaciones particionales realizadas por el Contador Partidor, que se concretan exclusivamente a los bienes privativos del causante. No obstante en el Cuaderno Particional, pero como addenda al mismo y supeditada a la aceptación de la viuda, se incorporan los bienes gananciales y, al propio tiempo también, se realiza un proyecto de reparto, pero siempre sujeto a la condición suspensiva del consentimiento del cónyuge «superstite», que puede producirse en cualquier momento. Que por lo que respecta al segundo defecto, la madre del causante, ha fallecido con posterioridad a la muerte del mismo, pero ello no quiere decir en forma alguna, ni tampoco se deduce del Cuaderno Particional que la adjudicación del tercio correspondiente a la madre, se haya realizado a favor de las hijas, pues el Contador-Partidor desconoce si otorgó o no testamento y cuáles sean los herederos, y tampoco se lo han notificado las personas afectadas, por lo que la adjudicación del tercio indiviso en propiedad del bien inmueble objeto de la petición de inscripción, se realiza a favor de la madre legitimaria del causante, por ser ésta voluntad del mismo, amén de su derecho como legitimaria, y desprenderse del Cuaderno Particional objeto de calificación registral, debiendo dejarse sin efecto el segundo de los defectos alegados por el Registrador. Que por lo que respecta al tercero de los defectos, inclusión de los bienes gananciales en la herencia, es necesario resaltar que para que ello pudiera tener efecto, se precisaría la concurrencia de la viuda a fin de disolver la sociedad de gananciales y, habiéndose negado ésta a comparecer en el documento, si prosperara la tesis del Registrador, las funciones del Contador Partidor, no tendrían efectividad alguna, ni siquiera para la cuenta y reparto de los bienes privativos, y siempre y en todo caso estarían supeditados a la voluntad de la viuda, con grave conculcación de la voluntad del causante que es en definitiva la que se está realizando. Que aunque es necesario reconocer que la facultad concedida al Comisario nombrado por el testador para hacer la partición de sus bienes, no alcanza a practicar por sí solo, la liquidación de la sociedad de conyugal, cuando el causante era casado, y que siendo necesaria esta operación, en tal caso, para determinar el verdadero caudal partible del mismo, y afectando a derechos e intereses distintos de los del propio causante, precisa la intervención en ella del cónyuge sobreviviente, lo que a «sensu contrario» permite concluir que no siendo precisa la liquidación de la sociedad conyugal, para el reparto de los bienes privativos del causante, resulta que el Cuaderno Particional realizado por el Comisario es válido y se encuentra plenamente ajustado a Derecho. Que no obstante, «ad cautelam» y como una adición a la herencia de los bienes privativos (Addenda) se han incluido los bienes gananciales que se conocen, pues pueden existir más, a los solos efectos de que si la viuda prestare su consentimiento se pueda también dividir y adjudicar los mismos, pero siempre supeditado a la condición suspensiva de dicha conformidad por la viuda. Que dicha addenda todavía no ha entrado en vigor, y en consecuencia no se están adjudicando los bienes gananciales sin el consentimiento y aceptación de la viuda, a fin de disolver la sociedad de gananciales como es preceptivo, por lo que también debe decaer el defecto señalado por el Registrador. Que por lo que refiere al cuarto defecto señalado en la nota, es doctrina reiteradamente reconocida por los Tribunales y por la Dirección General de los Registros y Notariado (Resoluciones de 29 de abril de 1945, 30 de junio de 1956) que el Contador, cuando sea elegido además de por la relación de amistad y confianza con el testador, por la pericia profesional como Abogado, tiene derecho al percibo de los honorarios correspondientes a su trabajo en las operaciones particionales, amén del reintegro de los gastos y suplidos originados por su actuación, lo que ratifica el Registrador en su nota de calificación. Que en lo que discrepa dicho Registrador es en la facultad que tiene por sí solo el Contador Partidor para adjudicarse bienes en pago de sus derechos sin la intervención de los herederos y demás interesados en la herencia, ya que pueden existir intereses opuestos entre los propios y personales del albacea contador partidor y los de los herederos

y demás interesados. Que dicha interpretación es totalmente subjetiva del Registrador, ya que no se apoya en precepto o Resolución alguna, y además, a mayor abundamiento, se está extralimitando en sus funciones de calificar la legalidad de la inscripción en su Oficina de un bien privativo, con arreglo a la disposición testamentaria y a la legalidad vigente. Que en el hipotético supuesto de que los herederos no aceptaran el Cuaderno en su totalidad, tienen abierta la vía judicial para impugnarlo, pero sin que sea atribución del Registrador actuante el rechazar la inscripción de una adjudicación plenamente legal de un bien inmueble en la proporción testamentaria de dos tercios a la viuda y un tercio a la madre del difunto, ya que dicha adjudicación respeta estrictamente la voluntad del testador. Que además el Contador Partidor no se ha adjudicado bien real alguno, pues el Fondo asignado no existe por haberlo vendido la viuda.

IV

El Registrador de la Propiedad en defensa de su informe alegó lo siguiente: Que en cuanto al primero de los defectos consignados, cual es la falta de intervención del cónyuge superviviente en la liquidación de la sociedad de gananciales, no cabe otra cosa mas que la ratificación en el defecto observado, es el propio interesado quien así lo reconoce en el escrito de interposición del recurso, señalando que la actuación del contador-partidor se concreta exclusivamente a los bienes privativos del causante y que las operaciones referentes a la liquidación de la sociedad de gananciales, contenidas en el Cuaderno Particional no tienen que tenerse en cuenta en la calificación registral, olvidando el recurrente que la calificación se extiende a la capacidad de los otorgantes y a la validez de todos los actos dispositivos contenidos en el documento presentado; el artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria dispone que la calificación sea global o, lo que es lo mismo, que se deben comprender en ella la totalidad de los defectos advertidos en el título, debiendo exceptuarse únicamente, con la salvedad que luego se dirá, aquellos casos en que por los propios interesados o por el presentante, en su caso, se solicite la sola inscripción de alguno de los actos o negocios jurídicos contenidos en el documento presentado, no obstante la inscripción parcial del título no fue solicitada por el presentador, ni la misma resulta del texto de acta de protocolización de las operaciones particionales. Que con respecto al segundo de los defectos, advertidos por la calificación registral, el recurrente afirma que debe concluirse que la adjudicación del tercio indiviso en propiedad del bien inmueble objeto de la petición de inscripción, se realiza en favor de la madre legitimaria del causante, cuando el texto del cuaderno particional no resulta del todo pacífico en esta cuestión, de ahí que ante las evidentes y palmarias contradicciones en que se ha incurrido al redactar el referido cuaderno particional, resulte del todo lógico que se haya solicitado la aportación del correspondiente certificado de defunción por el que se acredite el fallecimiento de la madre del causante y legitimaria y de los otros documentos especificados en la nota de calificación, pues las consecuencias que la veracidad o no de dicho suceso provocan, pueden ser de muy diversa índole y afectan, no solo, al destino de los bienes sino también a su régimen jurídico y a su inscripción, siendo preciso aportar el certificado que acredite el fallecimiento de la madre del causante. Que no es posible practicar la inscripción de los bienes a favor de la madre del causante porque, en el supuesto de su fallecimiento, el desenvolvimiento del derecho de transmisión hace que por ministerio de la Ley, y desde el mismo momento de su fallecimiento, se transfieran a los propios herederos de ésta el derecho de aceptar o repudiar sus derechos que como legitimaria le correspondían en la herencia de su hijo, por lo que no es posible que puedan realizarse adjudicaciones en favor de dicha Señora una vez acaecido su fallecimiento; y sin que, por otra parte pueda la voluntad del albacea contador-partidor alterar las normas que ordenan la sucesión hereditaria, al estar sujetas las mismas al principio de orden público. Que por lo que se refiere al tercer defecto, en estrecha conexión con el primero de la nota de calificación, referente a la necesaria prestación del consentimiento por parte de todos los interesados, en el supuesto de adjudicación parcial del caudal hereditario, exigido por el artículo 80.1.C del Reglamento Hipotecario, las manifestaciones que el recurrente formula en el recurso llevan a examinar las características de la función encomendada al albacea contador-partidor respecto de dos cuestiones distintas pero íntimamente relacionadas entre si:

A) Con relación a la liquidación y división de la sociedad de gananciales, en este supuesto, su función no debe limitarse a los bienes privativos del testador sino que a los mismos debe de añadir aquellos que le hayan sido adjudicados en la liquidación de la sociedad ganancial disuelta y liquidada, de ahí que, para que la partición efectuada por el contador-partidor pueda considerarse perfectamente realizada, se haga necesario, como acto previo, distinto e indispensable, la liquidación de la sociedad ganancia-

cial, lo que podrá efectuarse con su intervención y la del cónyuge sobreviviente (Resoluciones de 11 de septiembre de 1.907, 12 de noviembre de 1895, 14 de marzo de 1903, 26 de febrero y 25 de mayo de 1906, 11 de septiembre de 1907, 29 de enero de 1908, 31 de enero de 1912, 7 de marzo de 1914, 22 de agosto de 1914, 6 de marzo de 1923).

B) Con relación a la adjudicación de los legados, se plantea la cuestión de determinar si cabe la posibilidad de que por el contador-partidor se puedan adjudicar legados de cantidad habiendo herederos forzosos que no han prestado su consentimiento y sin que conste en el documento particional haberse practicado el inventario, el avalúo, la liquidación y la adjudicación de la herencia en su totalidad, (además no se incluyen en el presente caso los procedentes de la liquidación de la sociedad de gananciales), y, por consiguiente, sin que se haya determinado el haber hereditario de los legitimarios, debiendo concluir que ello no es posible, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos, a no ser que los expresados herederos concurran a la entrega o manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 24-11-1900, 11-12-1913, 6-11-1934, 3-6-1947, 25-5-1971 y 20-10-1992 y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7-4-1906, 27-2-1982, 20-9-88). Que el recurrente, reconoce de un lado la preceptiva intervención del cónyuge superviviente en la liquidación de la sociedad de gananciales, confirmando el primero de los defectos recogidos en la nota de calificación, y de otro que las operaciones particionales se concretan exclusivamente a los bienes privativos, por no haberse podido practicar las operaciones de liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales, con lo que nos encontramos ante un supuesto de adjudicación parcial de herencia, siendo aquí donde desenvuelve su plena efectividad la previsión contenida en el artículo 80.1.C) del Reglamento Hipotecario que exige, para obtener la inscripción de la adjudicación de los bienes hereditarios, que todos los interesados hayan prestado su consentimiento a dichas operaciones cuando se adjudicare una parte del caudal. Que la prestación del consentimiento por todos los interesados no solo evita el incumplimiento por parte del contador-partidor de la obligación de realizar, junto con el cónyuge sobreviviente y con anterioridad a la practica de las operaciones particionales, la previa liquidación de la sociedad de gananciales, sino que con su prestación se elude en gran medida la existencia de un posible perjuicio, bien en la legítima de los herederos forzosos, bien en los derechos de la instituida heredera, que en el caso hipotético de producirse, nunca lo sería sin el previsible conocimiento y consentimiento de los posibles perjudicados, máxime cuando el propio causante en su testamento hace depender la eficacia de los legados establecidos en las cuatro primeras cláusulas de su testamento, de que el valor de los bienes hereditarios supere el resultante de multiplicar por diez la suma de todos los legados hechos. Que por lo que se refiere al ultimo de los defectos, lo que se debate es si, por si solo, el Contador Partidor está facultado para adjudicarse bienes en pago de sus derechos, o si para ello ha de contar con el consentimiento de los herederos y demás interesados en la herencia. Que dentro de los llamados negocios patrimoniales onerosos se encuentra la figura de la adjudicación en pago de deudas, que es considerada genéricamente como una enajenación con causa onerosa, que opera como una compraventa (Resoluciones de la Dirección General de 10-8-1918, 16-9-1932, 13-12-1934, 7-2-1941, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 9-1-1915, 9-12-1943, 20-2-1967, 13-5-1983 y 7-12-1983) con lo cual no existiendo duda alguna sobre la consideración de la adjudicación en pago de deudas como un acto de enajenación, la Dirección General en Resolución de 10 de enero de 1919 le niega al contador-partidor esta facultad porque se trata de un acto dispositivo que excede del ámbito particional que el contador-partidor no puede realizar sin el consentimiento de los herederos, pero aún admitiendo que el contador-partidor tuviera capacidad y facultades dispositivas generales para actos de enajenación, en el presente caso se plantearía la existencia de un claro, palmario y evidente supuesto de autocontratación. Que todos los razonamientos y consideraciones expuestas llevan a confirmar el defecto expresado, puesto que el contador-partidor, sin perjuicio del derecho que le asiste conforme al artículo 908 del Código civil para cobrar lo que le corresponda por sus trabajos de partición u otros facultativos, puede con la adjudicación en pago de deudas efectuada en el cuaderno particional perjudicar los intereses del resto de personas interesadas en la herencia, a los que no se les ha dado ni siquiera la oportunidad de oponerse al importe de los honorarios fijados exclusivamente por el albacea contador-partidor.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1392, 1396, 1397, 1398, 1403 y 1410 del Código Civil

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

Fallece Don Francisco C.S. bajo testamento abierto en el que, tras declarar estar casado en segundas nupcias con doña María C.S.G., de cuyo matrimonio no dejó descendencia, y que vive la madre del testador su ordena diversos legados en metálico (uno de ellos a favor del albacea), ordenando que tales legados «quedarán automáticamente revocados en caso de que el valor de los bienes hereditarios no superara el resultante de multiplicar por diez la suma de todos los legados hechos», lega a su madre la legítima, instituye heredera a su esposa y nombra albacea-contador partidor.

Realiza las operaciones particionales el contador-partidor, el cual hace un inventario de los bienes privativos, una «addenda» con los gananciales, realiza el pago de los legados, se adjudica a sí mismo metálico en pago de sus honorarios, divide los bienes entre los herederos de la madre (que falleció después de su hijo) y la esposa del testador y expresa que la viuda no ha consentido las expresadas operaciones particionales. Es de resaltar que se inventarían créditos del causante contra la sociedad de gananciales y que ni de dichas operaciones ni del testamento resulta ninguna expresión relativa al primer matrimonio del testador ni si en el mismo dejó descendencia.

Presentada en el Registro Acta de protocolización de las operaciones, con los documentos complementarios, el Registrador suspende la inscripción por los defectos que se transcriben en los «Hechos». El albacea-contador partidor recurre.

2. El primero de los defectos es la falta de consentimiento de la viuda para liquidar la sociedad de gananciales, operación previa a la partición hereditaria. El defecto ha de ser confirmado, pues, aunque se aduzca por el recurrente que sólo se pretende la inscripción de los bienes privativos, es lo cierto que para determinar el haber hereditario es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales, que supone la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, y para la que es imprescindible el consentimiento de la viuda. Sólo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes. En el presente caso, además, se refuerza la necesidad de tal consentimiento por el hecho de que en el inventario se incluyen créditos del causante contra la comunidad, porque el valor del caudal determinará la cuantía de la legítima de la madre del causante, y porque del avalúo resultará, además, la validez de los legados según las disposiciones del testador.

3. Confirmado el primero de los defectos, se hace innecesario entrar en el examen de los demás.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

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, 2 de diciembre de 2003. La Directora General de los Registros y del Notariado, Fdo.: Ana López-Monís Gallego. Sr. Registrador de la Propiedad de Herrera del Duque.

665

RESOLUCIÓN de 3 de diciembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Talavera de la Reina, don Fernando Félix Picón Chisbert, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número uno, de Talavera de la Reina, doña María del Carmen de la Rocha Celada, a inscribir una escritura de compraventa.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Talavera de la Reina, don Fernando Félix Picón Chisbert, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número uno, de Talavera de la Reina, doña María del Carmen de la Rocha Celada, a inscribir una escritura de compraventa.

Hechos

I

Por escritura otorgada ante el Notario de Talavera de la Reina, don Fernando Félix Picón Chisbert, el día 13 de febrero de 2003, doña Francisca Germana N. J., doña María, don José, don Ángel y doña Pilar R. N., vendieron a la entidad El C.D., S.L., un solar, sito en Talavera de la Reina,

finca registral 10.050 del Registro de la Propiedad número uno de Talavera de la Reina. El solar pertenece a los vendedores en la siguiente proporción: A doña Francisca Germana N. J., una mitad indivisa en pleno dominio y dos terceras partes de la otra mitad indivisa en usufructo y a doña María, don José, don Ángel y doña Pilar R. N., una tercera parte indivisa de una mitad indivisa en pleno dominio y dos terceras partes de la mitad indivisa en nuda propiedad por iguales partes entre ellos. Doña Pilar R. N. fue declarada incapaz por sentencia judicial y, en virtud de auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número tres, de Talavera de la Reina, de fecha 1 de octubre de 1998, se autoriza a su madre, doña Francisca Germana N. J., para enajenar sin necesidad de subasta pública la parte correspondiente a su hija, doña Pilar R. N.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número uno, de Talavera de la Reina, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador de la Propiedad que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 del Reglamento Hipotecario, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica, conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos. Asiento Diario: 811/118. F. Presentación: 26-2-2003. Núm. entrada: 2606. Adquirente: El C. D. Autorizante: Fernando Félix Picón Chisbert. Núm. Protocolo: 732/2003. Fundamentos de Derecho. 1.º) Conforme al artículo 299, 1.º del Código Civil, es necesario el nombramiento de defensor judicial al haber contraposición de intereses (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27-11-86 y 11-5-98). Contra la presente calificación cabe interponer recurso en el Registro de la Propiedad, para la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de un mes desde la fecha de notificación, en los términos de los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria (redactados por la Ley 24/2001). Talavera de la Reina a 15 de marzo de 2003.—El Registrador. Fdo. María del Carmen de la Rocha Celada.»

III

El Notario de Talavera de la Reina don Fernando Félix Picón Chisbert interpuso, contra la nota de calificación, recurso gubernativo, y alegó: Que la actuación de doña Francisca Germana N. J., al vender, viene expresamente autorizada por el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Talavera de la Reina. Que la resolución de 27 de noviembre de 1986, se refiere a otro supuesto distinto, en el que la madre actuó sin ningún tipo de autorización judicial. Que, en el presente caso, la autorización judicial para enajenar se concede con carácter previo para la enajenación del bien objeto de la venta, por lo que el Juez es conocedor del hecho y estima procedente autorizar la venta. Que, en consecuencia, han sido ampliamente superadas las razones que justifican el nombramiento del defensor judicial, ya que es el propio Juez quien remueve el obstáculo que representa la posible contraposición de intereses, al autorizar a la madre para, por sí misma, vender la participación indivisa correspondiente a la hija, por estimar justificada la necesidad y utilidad de la enajenación.

IV

El Registrador de la Propiedad en su informe de defensa de la nota argumentó lo siguiente: Que es preciso el nombramiento de defensor judicial porque en la autorización para vender que el Juez concede no se hace mención a la contraposición de intereses o al nombramiento del defensor. Que la exigencia del artículo 299 en relación con el 221-2.º del Código Civil debe cumplirse siempre existiendo intereses contrapuestos. Que ambos requisitos defensor judicial y autorización para vender son compatibles. Que para salvar el escollo de la contraposición de intereses la autorización debe ser expresa y nunca tácita. Que las resoluciones citadas tienen una doctrina común, el cuidado en cuanto a la calificación registral de la posible existencia de contraposición de intereses cuando se salga de una situación de comunidad. Que en el auto sólo consta que se solicitó autorización para vender. Que puede haber perjuicio para el incapaz al existir un usufructo a favor de la tutora que hay que valorar.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 163, 166, 171.1.º y 299.1.º del Código Civil.

1. Una viuda y sus hijos son dueños de un solar, perteneciendo a la primera una parte pro indiviso en usufructo y otra parte en pleno