

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 10945** *Resolución de 3 de julio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Torrejón de Ardoz n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de liquidación parcial de sociedad de gananciales y adjudicación parcial de herencia.*

En el recurso interpuesto por don José María Piñar Gutiérrez, notario de Torrejón de Ardoz, contra la calificación del registrador de la propiedad de Torrejón de Ardoz número 3, don Jesús María Martínez Rojo, por la que se suspende la inscripción de una escritura de liquidación parcial de sociedad de gananciales y adjudicación parcial de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Torrejón de Ardoz, don José María Piñar Gutiérrez, el día 1 de febrero de 2019, se otorgó la liquidación parcial de la sociedad de gananciales y adjudicación parcial de herencia consistente en una plaza de garaje del haber hereditario del causante, don G. A. Z., fallecido el día 10 de abril de 2017, en estado de casado con doña F. G. L., y de cuyo matrimonio le sobrevivían cuatro hijos –doña M. A., doña I., don G. y don J. J. A. G.–, y dos nietos –doña A. y don A. A. C.–, hijos de otro hijo –don M. A. A. G.–, fallecido el día 28 de abril de 2001. Además, había fallecido otro hijo del causante –don J. A. G.–, anteriormente el día 23 de diciembre de 2016 sin descendientes.

Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento ante el mismo notario, en fecha 28 de septiembre de 2006, en el que legó a su esposa el usufructo universal y vitalicio de sus bienes, e instituyó herederos a los cinco hijos que manifestó tener, por partes iguales sustituidos por sus descendientes, de manera que cometía preterición de su hijo don J. A. G., si bien este falleció sin descendientes, por lo que se manifestaba «pues quedan a salvo todos los derechos que les pudieran corresponder». Además, «desea que el tercio de libre disposición, en cuyo haber no se deben incluir bienes que se refieran a sociedades mercantiles, se destine a mejorar a su hijo J. J., que por su disminución física, necesita una mayor atención al faltar sus padres, a quien además nombra como tutores a su hija M. A. y en su defecto a su esposo don A. C. G.». Por último, nombra como albacea contador-partidor a don A. C. G. con las más amplias facultades.

Otorgaban la escritura el albacea contador-partidor designado en el testamento, don A. C. G. y la hija doña M. A. A. G., en representación en ejercicio de la tutela de su hermano don J. J. A. G., con capacidad judicialmente modificada; a estos efectos se incorporaba a la escritura, por testimonio, fotocopia de la resolución del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Torrejón de Ardoz, de fecha 5 de junio de 2017, en la que constaba diligencia de aceptación y juramento de cargo de tutor de don J. J. A. G. por parte de doña M. A. A. G., a raíz de la declaración de incapacidad del citado don J. J. A. G. y nombramiento como tutora del mismo a doña M. A. A. G., por sentencia de fecha 23 de marzo de 2015. Además, doña M. A. A. G. lo hacía en representación de la viuda doña F. G. L., como apoderada mancomunada de su madre junto con su hermana doña M. I. A. G., que ratificaba la escritura por diligencia separada de fecha 5 de febrero de 2019. El juicio de suficiencia del poder se realiza del tenor siguiente: «(...) en virtud de poder general mancomunado, con subsistencia, que le tiene otorgado ante mí con el

número 462 de protocolo el quince de febrero del año dos mil doce, en el que figuran entre otras muchas facultades, la de disolver y liquidar la sociedad de gananciales, la de aceptar adjudicaciones parciales en pago de sus gananciales y todo ello salvando el autocontrato por si se considerara posible su existencia (...) Tienen a mi juicio, según intervienen, la capacidad legal necesaria y el poder de representación con facultades suficientes para otorgar este acto a que esta escritura se refiere, disolución y liquidación de gananciales y adjudicación parciales a su viuda de una plaza de garaje del haber hereditario de G. A. Z.».

En la citada escritura, se manifestaba que el contador-partidor había confeccionado el inventario de los bienes del causante, con citación de la tutora y de la cónyuge viuda, en cuanto a la totalidad de los bienes que son todos gananciales pero que no se confeccionaban los lotes a la espera de la determinación de los derechos del preterido, pendiente de si la preterición había sido errónea o intencional. Este inventario se incorporaba a la escritura y en él había bienes de diversa naturaleza, incluso saldos en metálico en cuenta corriente –existía un saldo en metálico en el activo, por importe de 5.403 euros, y en el pasivo de gastos, 3.993 euros–, y se ratificaba por los intervinientes en la escritura. En esta escritura, solo se disponía la adjudicación de la plaza de garaje a favor de la viuda como pago en la liquidación de parte de su sociedad de gananciales sin que hubiera adjudicación correspondiente a la masa de la herencia, con el razonamiento de que se trataba de un bien indivisible y de poca utilidad para el sometido a tutela.

II

Presentada el día 14 de febrero de 2019 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Hechos.

El día 14.02.19 fue presentada copia autorizada de la escritura otorgada el 01.02.19 ante el Notario de Torrejón de Ardoz don José María Piñar Gutiérrez, número 353 de protocolo, en unión de certificación expedida el 09.06.14 por el Registro Civil de Torrejón de Ardoz, relativa al fallecimiento de don M. A. A. G.; de testimonio notarial de certificación expedida el 29.12.16 por el Registro Civil de Madrid, relativa al fallecimiento de don J. A. G.; de testimonio expedido el 05.06.17 por doña E. M. Y. C., Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia número 5 –ant. mixto número 9– de Torrejón de Ardoz, de la sentencia dictada el 23.03.15 por la Ilma. Sra. Dña. Cristina de Mora López, Magistrado-Juez del citado Juzgado, procedimiento de incapacitación 1238/2014; de copia autorizada del testamento otorgado el 28.09.06 por don G. A. Z. ante el citado Notario de Torrejón de Ardoz, número 6520 de protocolo, acompañado de las correspondientes certificaciones de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad; todo lo cual motivó el asiento arriba indicado, relativo a la finca 39803 de este Registro, inscrita a favor de don G. A. Z., casado con F. G. L., por título de compra y para la comunidad de gananciales con su citada esposa.

En dicha escritura comparecen el albacea-contador partidor y su esposa doña M. A. A. G., como tutora de su hermano don J. J. A. G. y, a la vez, apoderada de su madre doña F. G. L., en virtud de poder en que se salva el posible autocontrato, al objeto de convenir la disolución y liquidación parcial de gananciales –al fallecimiento de don G. A. Z.– y adjudicación de dicha finca. Por ser dicho poder mancomunado, consta extendida el 05.02.19 diligencia por comparecencia de doña M. I. A. G., quien ratifica íntegramente el contenido de la escritura. Se incorpora testimonio de la declaración presentada a la Oficina Liquidadora el 05.10.17 por doña F. G. L., doña M. A., don M. I. y don G. A. G.

En la disposición tercera del citado testamento don G. A. Z. manifestó su deseo de que «el tercio de libre disposición, en cuyo haber no se deben incluir bienes que se refieran a las sociedades mercantiles, se destine a mejorar a su hijo J. J.».

Calificados los precedentes documentos por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro por la presente se le notifican el/los siguiente/s defecto/s por el/los que se suspende/deniega su despacho (artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria).

Fundamentos de Derecho.

1. No resulta de la escritura calificada haberse exhibido al Notario autorizante copia autorizada de la escritura de poder otorgada el 15.02.12 ante él, número 462 de protocolo, que se invoca como título de legitimación por doña M. A. y por doña M. I. A. G., para intervenir en nombre de su madre doña F. G. L. (artículos 1259 del Código Civil; 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; 18 y 33 de la Ley Hipotecaria; 145, 164, 166 del Reglamento Notarial; Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12.04.02, 19.03.07, 06.11.07, 02.12.10; 10.10.16).

2. No se acredita la inscripción en el Registro Civil del nombramiento de doña M. A. A. G. como tutor de su hermano J. J. (artículo 218 del Código Civil; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28.10.14).

3. El contador partidor puede, con el cónyuge supérstite, proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, como operación previa necesaria para la determinación del caudal partible y el inventario de los bienes, con arreglo a los artículos 1344 y 1404 del Código Civil, por lo que no es posible acceder a la inscripción de la adjudicación, por dicho título, de la totalidad de la finca ganancial, excediendo dicha atribución las facultades del contador partidor y condicionando la partición (cfr. artículos 1057 y 1061 del Código Civil; Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14.03.91, 10.01.94, 06.02.95, 03.04.95, 02.12.03, 26.02.05, 23.04.05, 25.05.14).

4. En consecuencia, deben realizarse las operaciones de partición (1) con la necesaria intervención de defensor judicial en atención al conflicto de intereses que concurre en la persona de doña M. A. A. G. como representante legal de su hermano J. J., ya que los intereses de estos hermanos no discurren paralelos como consecuencia de la referida cláusula de mejora contenida en el testamento a favor de éste; y (2) con determinación y respeto de los derechos derivados de la premoriencia de don M. A. y de don J. A. G. (cfr. artículos 299.1, 774, 1057, 1060 del Código Civil; 14 y 16 de la Ley Hipotecaria; 27 y siguientes de la Ley 15/2015, de 2 de julio; 76 y 82 del Reglamento Hipotecario; Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18.12.02, 21.05.03, 23.02.07, 13.12.07, 10.01.12, 01.03.14).

Esta calificación podrá (...)

El registrador de la Propiedad (firma ilegible) Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Jesús María Martínez Rojo registrador/a de Registro Propiedad de Torrejón de Ardoz 3 a día seis de Marzo del año dos mil diecinueve.»

III

Solicitada el día 20 de marzo de 2019 calificación sustitutoria, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Madrid número 14, don José Ramón Fraguas Solé, quien con fecha 28 de marzo de 2019, confirmó la calificación del registrador de la Propiedad de Torrejón de Ardoz número 3.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don José María Piñar Gutiérrez, notario de Torrejón de Ardoz, interpuso recurso el día 5 de abril de 2019 en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

«Argumentos jurídicos.

En cuanto al primer defecto: "No resulta de la escritura calificada haberse exhibido al notario copia autorizada de la escritura de poder", del contexto se desprende que la he

tenido ante mí, como argumenta la calificación sustitutoria: «es sencillo y factible que la haya tenido a la vista». Si se presta un poco de atención, se caerá en la cuenta de que el poder es general; se dice que contempla el autocontrato; es del protocolo del notario que autoriza; es mancomunado, lo que se descubre en el momento de la firma, por lo que la otra apoderada mancomunada, firma posteriormente mediante diligencia; es de subsistencia, como se dice expresamente y se hace un juicio de suficiencia sobre su extensión a todas las operaciones que afectan a la poderdante de la escritura. Por tanto, exigir la constancia expresa de que se ha tenido a la vista, parece redundante y en contra de la economía de medios jurídicos. No serían posibles todas esas realidades de la escritura sin que se haya visto y palpado el poder.

En cuanto al segundo defecto: "No se acredita la inscripción en el Registro Civil del nombramiento como tutor". En la documentación unida a la escritura, queda acreditado que por el Juzgado se ha remitido oficio al Registro Civil correspondiente, por lo que parece suficientemente cumplido el requisito de acreditar que antes de las operaciones jurídicas realizadas en nombre del incapaz, debe figurar inscrito en el Registro Civil, al menos para poder autorizar la escritura y su constancia registral.

En cuanto al tercer defecto, conviene releerlo varias veces para entender, si cabe, su sentido, pues de una afirmación, viene una negación, sin argumentación alguna de las razones que llevan a la negación.

Dice literalmente: "El contador-partidor puede, con el cónyuge supérstite, proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, como operación previa necesaria para la determinación del caudal partible y el inventario de los bienes, con arreglo a los artículos 1344 y 1404 del Código Civil, por lo que no es posible acceder a la inscripción de la adjudicación por dicho título, de la totalidad de la finca ganancial, excediendo dicha atribución las facultades del contador y condicionando la partición".

La parte afirmativa es, al entender del requirente, perfectamente válida, pero la siguiente parte negativa del defecto, no se puede, según entiendo quiere decir, adjudicar por liquidación de gananciales a una sola de las partes la totalidad de una plaza de garaje, sin tener en cuenta el inventario de los bienes del causante, es en lo que discrepo de la nota. En primer lugar, del examen del inventario, resulta que hay bienes tanto mobiliarios, como inmobiliarios más que suficientes para compensar a la otra parte de los gananciales mediante otros bienes inmuebles, con la adjudicación efectuada. Nada impide en nuestro derecho que la sociedad de gananciales, se liquide adjudicando el pleno dominio de algunos bienes con tal de que se iguale a la otra mitad con otros bienes de la misma naturaleza, es decir inmuebles. Está dentro de las facultades del contador partidor hacer de este modo, con la otra parte, la liquidación de los gananciales. Nadie, ni precepto alguno obliga a que se liquida mitad por mitad todos y cada uno de los bienes. Por tanto el contador partidor, tiene facultades suficientes para adjudicar, de acuerdo con la otra parte, es decir con la viuda, un bien por entero a ella misma. De seguir el criterio de la nota, nos llevaría a la necesidad de adjudicar al incapaz una cuota indivisa mínima, cuando jamás va a poder utilizar el aparcamiento.

En cuanto al cuarto defecto, contiene dos apartados.

a) Conflicto de intereses.

No se argumenta sobre su existencia, sino que se da por hecha al estar favorecido (la nota dice mejorado) con el tercio de libre disposición.

En verdad, el tener el incapaz mayor parte sobre el haber hereditario, no le coloca en conflicto respecto de los otros coherederos legitimarios no favorecidos, como lo es la hermanan tutora. Ambos siguen formando parte de los mismos intereses. La parte contrapuesta es a la que corresponde la otra mitad de gananciales, es decir la viuda, no sus coherederos ni por tanto su tutora. Ambos, tutora e incapaz, son de la misma parte, aunque no tengan derecho a la misma proporción. Más que paralelos, sus derechos e intereses son convergentes: cuanto mayor sea la parte de uno lo será, proporcionalmente, la del otro y viceversa.

b) Con respeto de los derechos derivados de la premoriencia de algunos coherederos.

En la escritura se documenta y argumenta detalladamente, como se salvaguardan los derechos de los sucesores de los hijos fallecidos, sin que la nota de argumento alguno en contra de esas consideraciones, lo que sería suficiente para revocarla.

Para no ser reiterativo, baste con decir que del inventario, que ha servido de base para liquidar el impuesto, –por lo que debe ser considerado como válido a todos los efectos legales, no obstante la absurda distinción que hace la nota sustitutoria entre inventario y relación de bienes–, quedan perfectamente salvaguardados los derechos de todos los interesados en la herencia por haber bienes más que suficientes para pagar y cubrir sus derechos, no obstante la adjudicación a la viuda de un elemento de valor mínimo dentro del inventario.»

V

Mediante escrito, de fecha 10 de abril de 2019, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 163, 218, 299, 774, 1057, 1058, 1060, 1061, 1259, 1344 y 1404 del Código Civil; 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; 27 y siguientes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 14, 16, 18, 19 bis y 33 de la Ley Hipotecaria; 145, 164, 166 del Reglamento Notarial; 76 y 82 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2011, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril y 18 de diciembre de 2002, 21 de mayo y 2 de diciembre de 2003, 26 de febrero y 23 de abril de 2005, 23 de febrero, 19 de marzo, 6 de noviembre y 13 de diciembre de 2007, 2 de diciembre de 2010, 10 de enero de 2012, 30 de septiembre de 2013, 1 de marzo, 27 de mayo y 28 de octubre de 2014, 14 de julio de 2015 y 29 de junio y 10 de octubre de 2016.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de liquidación parcial de la sociedad de gananciales y adjudicación parcial de herencia consistente en una plaza de garaje del haber hereditario del causante, en la que concurren las circunstancias siguientes: lega a la viuda el usufructo universal y vitalicio de la herencia y son instituidos herederos los cuatro hijos sobrevivientes y los dos nietos de otro hijo fallecido; el causante en relación con un hijo cuya capacidad será modificada judicialmente, dispone lo siguiente: «desea que el tercio de libre disposición, en cuyo haber no se deben incluir bienes que se refieran a sociedades mercantiles, se destine a mejorar a su hijo J. J., que por su disminución física, necesita una mayor atención al faltar sus padres, a quien además nombra como tutores a su hija M. A. y en su defecto a su esposo don A. C. G.»; nombra albacea contador-partidor testamentario con las más amplias facultades; se otorga la escritura por el albacea contador-partidor y una de las hijas, que lo hace en representación en ejercicio de la tutela de su hermano don J. J. A. G., con capacidad judicialmente modificada y a estos efectos se incorpora a la escritura, por testimonio, fotocopia de la resolución del Juzgado en la que consta diligencia de aceptación y juramento de cargo de tutor, a raíz de la declaración de incapacidad y su nombramiento como tutora del mismo; además, lo hace en representación de la viuda, como apoderada mancomunada de la misma junto con otra hermana que ratifica la escritura por diligencia separada; el juicio de suficiencia del poder se realiza del tenor siguiente: «(...) en virtud de poder general mancomunado, con subsistencia, que le tiene otorgado ante mí con el número 462 de protocolo el quince de febrero del año dos mil doce, en el que figuran entre otras muchas facultades, la de disolver y liquidar la sociedad de gananciales, la de aceptar adjudicaciones parciales en pago de sus

gananciales y todo ello salvando el autocontrato por si se considerara posible su existencia (...) Tienen a mi juicio, según intervienen, la capacidad legal necesaria y el poder de representación con facultades suficientes para otorgar este acto a que esta escritura se refiere, disolución y liquidación de gananciales y adjudicación parciales a su viuda de una plaza de garaje del haber hereditario de G. A. Z.»; en la escritura, se manifiesta que el contador-partidor ha confeccionado el inventario de los bienes del causante, con citación de la tutora y de la cónyuge viuda, en cuanto a la totalidad de los bienes que son todos gananciales y este inventario, en el que hay saldos en metálico – existe un saldo en metálico en el activo, por importe de 5.403 euros, y en el pasivo de gastos, 3.993 euros–; este inventario se incorpora a la escritura y se ratifica por los intervinientes en ella; solo se dispone la adjudicación de la plaza de garaje a favor de la viuda como pago en la liquidación de parte de su sociedad de gananciales pero nada se adjudica a la masa de la herencia, todo ello argumentado por la indivisibilidad de la finca y poca utilidad para el heredero con capacidad judicialmente modificada.

El registrador señala como defectos los siguientes: a) no resulta de la escritura haberse exhibido al notario autorizante copia autorizada de la escritura de poder que se invoca como título de legitimación para intervenir en nombre de su madre; b) no se acredita la inscripción en el Registro Civil del nombramiento de la tutora de su hermano; c) el contador-partidor puede, con el cónyuge supérstite, proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, como operación previa necesaria para la determinación del caudal partible y el inventario de los bienes, por lo que no es posible acceder a la inscripción de la adjudicación, por dicho título, de la totalidad de la finca ganancial, excediendo dicha atribución las facultades del contador partidor y condicionando la partición, y d) deben realizarse las operaciones de partición con la necesaria intervención de defensor judicial en atención al conflicto de intereses que concurre en la persona de la tutora como representante legal de su hermano ya que los intereses de estos hermanos no discurren paralelos como consecuencia de la cláusula de mejora contenida en el testamento a favor de éste y con determinación y respeto de los derechos derivados de la premoriencia de uno de los herederos y de otro hijo no llamado.

El notario recurrente alega lo siguiente: En cuanto al primer defecto señalado: que el poder es general; que se dice que contempla el autocontrato; que es del protocolo del notario que autoriza; que es mancomunado, lo que se descubre en el momento de la firma, por lo que la otra apoderada mancomunada, firma posteriormente mediante diligencia; que subsiste, como se dice expresamente; que se hace un juicio de suficiencia sobre su extensión a todas las operaciones que afectan a la poderdante de la escritura, por lo que exigir la constancia expresa de que se ha tenido a la vista, parece redundante y en contra de la economía de medios jurídicos. En cuanto al segundo de los defectos señalados: que queda acreditado que por el Juzgado se ha remitido oficio al Registro Civil correspondiente, por lo que parece suficientemente cumplido el requisito de acreditar que antes de las operaciones jurídicas realizadas en nombre del incapaz, debe figurar inscrito en el Registro Civil, al menos para poder autorizar la escritura y su constancia registral. En cuanto al tercero de los defectos señalados: que del examen del inventario, resulta que, hay bienes tanto mobiliarios como inmobiliarios más que suficientes para compensar a la otra parte de los gananciales mediante otros bienes inmuebles, con la adjudicación efectuada; que cabe que la sociedad de gananciales se liquide adjudicando el pleno dominio de algunos bienes con tal de que se iguale a la otra mitad con otros bienes de la misma naturaleza, es decir inmuebles; que está dentro de las facultades del contador-partidor hacer de este modo, con la otra parte, la liquidación de los gananciales y nada obliga a que se liquiden mitad por mitad todos y cada uno de los bienes; que, por tanto, el contador-partidor tiene facultades suficientes para adjudicar, de acuerdo con la viuda, un bien por entero a ella misma, pues de otra forma nos llevaría a la necesidad de adjudicar al incapaz una cuota indivisa mínima. En cuanto al cuarto de los defectos señalados: por lo que se refiere al conflicto de intereses, no se argumenta sobre su existencia, sino que se da por hecha al estar mejorado con el tercio de libre disposición; que el tener el incapaz mayor parte sobre el haber hereditario no le coloca

en conflicto respecto de los otros coherederos legitimarios no favorecidos, como lo es la hermanan tutora, ya que ambos siguen formando parte de los mismos intereses; que a la parte contrapuesta es a la que corresponde la otra mitad de gananciales, es decir la viuda, no sus coherederos ni por tanto su tutora y por tanto, ambos, tutora e incapaz, son de la misma parte, aunque no tengan derecho a la misma proporción; que más que paralelos, sus derechos e intereses son convergentes de manera que cuanto mayor sea la parte de uno lo será, proporcionalmente, la del otro y viceversa; que respeto de los derechos derivados de la premoriencia de algunos coherederos, en la escritura se documenta y argumenta detalladamente cómo se salvaguardan los derechos de los sucesores de los hijos fallecidos y baste con decir que del inventario, que ha servido de base para liquidar el impuesto, se desprende que quedan perfectamente salvaguardados los derechos de todos los interesados en la herencia por haber bienes más que suficientes para pagar y cubrir sus derechos, no obstante la adjudicación a la viuda de un elemento de valor mínimo dentro del inventario.

2. El primero de los defectos señalados en la calificación es que no resulta de la escritura haberse exhibido al notario autorizante copia autorizada de la escritura de poder que se invoca como título de legitimación para intervenir en nombre de su madre.

Previamente, hay que recordar que, sobre el juicio de suficiencia de facultades representativas del apoderado que debe emitir el notario, establece el apartado primero del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que «en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera». El apartado segundo del mismo artículo 98 establece que «la reseña por el Notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del Notario. El Registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el Registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación».

Por su parte, el artículo 166 del Reglamento Notarial, dispone: «En los casos en que así proceda, de conformidad con el artículo 164, el notario reseñará en el cuerpo de la escritura que autorice los datos identificativos del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará obligatoriamente que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del notario. En consecuencia, el notario no deberá insertar ni transcribir, como medio de juicio de suficiencia o en sustitución de éste, facultad alguna del documento auténtico del que nace la representación».

De la interpretación de la referida norma legal por el Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de septiembre de 2011 y 20 y 22 de noviembre de 2018) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas Resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes.

Conforme a ese criterio, para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza,

no sólo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

De acuerdo a la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

En el presente caso el registrador no ha cuestionado el juicio de suficiencia expresado por el notario en la escritura calificada ni la reseña de identificativa del documento auténtico acreditativo de la representación sino que el defecto señalado es, a su juicio, que no se expresa en la escritura haberse exhibido al notario autorizante copia autorizada de la escritura de poder que se invoca como título de legitimación para intervenir en nombre de la representada.

Ciertamente el artículo 166 del Reglamento Notarial permite que no se exhiba al notario autorizante copia autorizada de la escritura de poder cuando -como ocurre en el presente caso- el mismo consta en el protocolo del propio notario, pero para ello es necesario que el notario manifieste expresamente que el apoderado se halla facultado para obtener copia del mismo y que no consta nota de su revocación. En efecto, dispone el artículo 166, párrafo segundo, del Reglamento Notarial que «en los supuestos en que el documento del que resulte la representación figure en protocolo legalmente a cargo del notario autorizante, la exhibición de la copia auténtica podrá quedar suplida por la constancia expresa de que el apoderado se halla facultado para obtener copia del mismo y que no consta nota de su revocación». Pero en la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso el notario autorizante no ha hecho expresa mención de la exigencia impuesta por esta disposición reglamentaria el citado artículo 166, párrafo segundo, del Reglamento Notarial. Por ello, el defecto debe ser confirmado, pues aunque podría entenderse que si el notario autoriza la escritura añadiendo, bajo su responsabilidad, que juzga suficientes las facultades representativas del compareciente para otorgar la escritura de que se trata, en virtud de poder «con subsistencia», es porque no consta la referida nota de su revocación, lo cierto es que a la precisión técnica que debe siempre exigirse a todo documento notarial (cfr. artículo 148 del Reglamento Notarial), habida cuenta de sus efectos, y especialmente la trascendencia que la Ley atribuye a la valoración notarial de la suficiencia de la representación, debe añadirse la obligación reglamentaria de constancia expresa de que el apoderado se halla facultado para obtener copia del poder (como garantía razonable de que la falta de exhibición de la copia autorizada de la escritura de poder no se debe a que haya sido revocado y devuelta dicha copia).

3. El segundo de los defectos señalados se refiere a la falta de acreditación de la inscripción en el Registro Civil del cargo tutelar. El artículo 218 del Código Civil, tras establecer en su párrafo primero que «las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil», añade en su párrafo segundo que «dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones».

En relación con la inscripción de los cargos tutelares, este Centro Directivo ha puesto de relieve (Resolución de 28 de octubre de 2014) lo siguiente:

«(...) Es cierto que la cuestión ahora planteada fue abordada por este Centro Directivo en su Resolución de 6 de noviembre de 2002, entendiendo entonces que "si bien es cierto que el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos, el artículo 2 de la Ley del Registro Civil necesita acudir a otros medios de prueba distintos

del Registro si previa o simultáneamente se ha promovido la inscripción omitida, y así ocurre en este caso en el que en los Autos de nombramiento de tutor se ordena enviar exhorto a los Registros Civiles respectivos para la constancia en los mismos de los respectivos nombramientos, con lo que se cumple lo que este Centro Directivo ha exigido en casos análogos". Ahora bien, no es menos cierto que el criterio interpretativo reflejado en dicha Resolución ha sido superado por la doctrina posterior de este Centro Directivo en relación con el tema de la prueba del estado civil de las personas que otorguen actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que parte, como se verá, del criterio general de la necesidad de que las distintas circunstancias y hechos relativos al estado civil de las personas, cuando afectan a la titularidad de los derechos inscritos o a la legitimación de los otorgantes, por afectar a la validez del acto o contrato en que intervienen, deben ser acreditados mediante certificación de su inscripción en el Registro Civil. Este criterio general aparece reforzado, además, en casos como el presente relativo a un incapacitado que comparece junto con su tutor a los efectos de complementar su capacidad, en que dicha inscripción en el Registro Civil no sólo tiene efectos probatorios y de legitimación (cfr. art. 2 de la Ley del Registro Civil), sino también de oponibilidad frente a terceros. En efecto, el artículo 218 del Código Civil, tras establecer en su párrafo primero que "las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil», añade en su párrafo segundo que «dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones», precepto que, por lo demás, concuerda con el artículo 222.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que supedita la eficacia "ultra partes" de la cosa juzgada de la sentencia recaída a la previa inscripción en el Registro Civil, al disponer que "en las sentencias sobre estado civil... la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil" (vid. en el mismo sentido el apartado 2 del artículo 19 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, pendiente de entrada en vigor, conforme al cual "en los casos legalmente previstos, los hechos y actos inscribibles conforme a las prescripciones de esta Ley serán oponibles a terceros desde que accedan al Registro Civil"). Pues bien, en tales casos no se trata sólo de "probar" la incapacitación y el nombramiento de tutor, sino que en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil no son oponibles frente a terceros, por lo que no deberá accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre del incapacitado por el tutor sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la incapacitación derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad del Registro de la Propiedad en caso de que se inscriba la venta otorgada por el tutor en representación del incapacitado (o por éste con capacidad complementada por aquél) si el nombramiento del tutor –por el motivo que sea– no llegara a inscribirse en el Registro Civil, en los términos que luego se verán. En este sentido, un primer exponente de esta evolución en la doctrina del Centro Directivo en la materia aparece representada por la Resolución de 18 de octubre de 2006 que, ante el mismo defecto ahora examinado (falta de inscripción en el Registro Civil del correspondiente cargo tutelar), consideró como medio adecuado por su subsanación la acreditación de la inscripción en el citado Registro (la inscripción propiamente tal y no su mera solicitud). Este primer pronunciamiento en el sentido indicado, claro en su criterio aunque parco en su argumentación, ha sido seguido de otros varios durante los últimos años, que han sido pródigos en la materia como se verá, tanto desde el punto de vista de las relaciones entre los principios de oponibilidad propios del Registro de la Propiedad y del Registro Civil, como desde la perspectiva de la prueba del estado civil de las personas ante el Registro de la Propiedad, cuestión mediatizada por la anterior en aquellos supuestos de hechos y circunstancias del estado civil cuya inscripción tenga efectos de oponibilidad frente a terceros.»

En definitiva, no se trata sólo de «probar» el nombramiento de tutor, sino que en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil la resolución de nombramiento no

es oponible frente a terceros, por lo que no debe accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre del incapacitado por el tutor sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad del Registro de la Propiedad en caso de que se inscriba el acto celebrado por el tutor en representación del incapacitado si el nombramiento del tutor –por el motivo que sea– no llegara a inscribirse en el Registro Civil. En consecuencia, debe confirmarse este defecto señalado en la calificación.

4. El tercero de los defectos señala que no es posible acceder a la inscripción de la adjudicación de la totalidad de la finca ganancial por título de liquidación de sociedad de gananciales, excediendo dicha atribución las facultades del contador-partidor y condicionando la partición.

Como regla general, la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por fallecimiento de uno de los cónyuges compete en exclusiva al viudo y a la totalidad de los herederos del cónyuge premuerto, actuando por unanimidad, porque sólo la totalidad de los miembros de la comunidad hereditaria representa la titularidad de la parte de la masa ganancial que corresponde al premuerto. No obstante, desde antiguo la jurisprudencia y la doctrina de este Centro Directivo han admitido que el contador partidor pueda hacer, como operación previa a la partición, la liquidación de la sociedad conyugal con intervención del cónyuge viudo.

La jurisprudencia y la doctrina de este Centro Directivo ha concedido al contador partidor amplias facultades, si bien, como ha precisado esta Dirección General (Resolución de 27 de mayo de 2014), es doctrina jurisprudencial pacífica que las competencias del contador-partidor se cifren a contar y partir, realizando cuanto acto jurídico y material sea preciso para este objeto, incluso ampliamente, por ejemplo realizando divisiones, segregaciones o pagando excesos de adjudicación, si las fincas no tuvieren fácil división. Para ello no precisa el contador-partidor el concurso de herederos, legatarios o legitimarios, aunque sí del cónyuge viudo si debe liquidarse previamente la sociedad conyugal. Mas, si sus facultades para contar y partir son claras, todo lo que exceda de ello, inversamente, excederá también de las facultades del contador, de suerte que serán los interesados en el negocio dispositivo en cuestión –ciertamente en ocasiones en fina línea de distinción con lo particional–, quienes deban exigir, en su caso judicialmente, su pretensión.

Así pues, según se deriva de los pronunciamientos jurisprudenciales y de la doctrina de este Centro Directivo (vid. «Vistos»), resulta que el contador-partidor no puede realizar actos que excedan de lo particional: entre ellos, aunque no sea el caso, prescindir del viudo en la liquidación del régimen económico-matrimonial; realizar conmutación de la legítima del viudo; realizar hijuelas para pago de deuda; o atribuirse funciones privativas del testador, como es la revocación de disposiciones o la valoración de los supuestos de desheredación. Tampoco constituye acto particional decidir si una legataria a la que se atribuye en el testamento la opción de ser legataria de parte alícuota o recibir en usufructo una finca ha cumplido o no la condición impuesta por el testador a la misma, sino que se trata de un presupuesto o cuestión previa a la propia partición, que sólo puede resolverse si se acredita que la interesada ha prestado su conformidad o ha sido resuelta la cuestión judicialmente en otro caso. Ni tampoco podría proceder a la disolución de comunidad existente con un tercero (cfr. Resolución de 14 de septiembre de 2009). Sin embargo, sí podrá el albacea contador-partidor liquidar la sociedad de gananciales junto con el cónyuge viudo, o realizar operaciones de modificación hipotecaria como divisiones o segregaciones necesarias para la partición, o incluso pagar excesos de adjudicación. También cabría incluir entre sus funciones la acreditación del cumplimiento o incumplimiento de condiciones a efectos de la práctica de inscripciones, siempre que se trate de hechos que queden acreditados, no de hechos susceptibles de valoración o de posible contradicción. También podrá (caso de la Resolución de 30 de septiembre de 2013) concretar e inventariar los pisos adjudicados al causante en un supuesto de permuta de solar por obra futura, siempre que no sea

meramente personal y esté configurada la contraprestación como verdadero «ius ad rem», ya que la determinación concreta de los pisos está más cerca de los actos especificativos o instrumentales para la partición, que de los actos dispositivos extraños a las funciones de los albaceas. Y no cabe olvidar el carácter inventariable en una partición no sólo de bienes y derechos plenamente identificados y perfectos, sino también de los bienes y derechos cuya adquisición se sujeta a condiciones pendientes de cumplimiento.

5. En el supuesto concreto de este expediente, el contador-partidor junto con la viuda, liquidan parcialmente la sociedad de gananciales respecto de un único bien – plaza de garaje– que adjudica íntegramente a la viuda, dejando para más adelante la compensación a la masa de la herencia con otros bienes de la misma; y el registrador señala que excede de las funciones del contador partidor ya que entiende que esa facultad excepcional del contador partidor es admitida con el único objeto de fijar el caudal partible, esto es, como operación previa necesaria para la partición, que es la tarea que propiamente tiene encomendada.

El notario recurrente alega que se trata de un bien indivisible y sólo es posible la adjudicación a uno solo de los interesados. El artículo 1061 del Código Civil establece que, «En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie» –principio de igualdad cualitativa–, pero conforme al artículo 1.062 del mismo texto, se recoge la excepción: «Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero».

Por otra parte, tal liquidación ha de limitarse a lo dispuesto por los artículos 1.344 («mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla») y 1.404 del Código Civil («hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos»); y, por otro, debe tenerse en cuenta que tal liquidación es preparticional, esto es, que ha de ir seguida por la partición.

La cuestión es si el contador se excede de sus facultades, y por tanto, sería necesario el consentimiento de todos los herederos si adjudica la única finca del caudal relicto a la viuda, con obligación de compensar a los restantes herederos el exceso en metálico. El contador-partidor está vinculado a la regla de homogeneidad o igualdad cualitativa impuesta por el artículo 1.061 del Código Civil, de manera que cada heredero tiene derecho a recibir con la partición cosas de la misma naturaleza, calidad o especie que los demás; cuando el contador partidor no cumpla, en lo que sea posible, ese artículo 1061, no realiza un acto particional sino de enajenación para los que no está facultado ni legitimado. Sin embargo, este principio presenta excepciones, por ejemplo, aquellos supuestos en que la composición de la herencia es de tal naturaleza que no permite llevar a la práctica el principio de igualdad cualitativa. Por tanto, resulta que la igualdad a que se refiere el artículo 1.061 del Código Civil es una igualdad relativa y no absoluta.

Se puede considerar que la adjudicación del artículo 1.062 del Código Civil es acto particional y no dispositivo siempre y cuando exista metálico suficiente en la herencia para compensar a los herederos no adjudicatarios. Si hay metálico suficiente en la herencia puede adjudicarse el bien entero al heredero mejorado y pagar a los demás su legítima con el metálico de la herencia. Este es el supuesto permitido en el artículo 1.062, pues se trata de la división de un «universum ius», de un patrimonio hereditario (bien y dinero). Sin embargo, cuando no hay metálico suficiente en la herencia, la obligación de pago sería a cargo del peculio particular del heredero adjudicatario, por lo que nos encontraríamos ante un acto dispositivo. Dicho supuesto entraría ya dentro del ámbito del artículo 404 del Código Civil, de división de un bien

concreto, que exigiría unanimidad de los comuneros, y el pago con metálico ajeno a la comunidad.

En el inventario de este supuesto concreto, existe un saldo en metálico en el activo, por importe de 5.403 euros, y en el pasivo de gastos, 3.993 euros, por lo que la cuestión es si la diferencia cubre la cantidad con la que se ha de compensar a la masa de la herencia, pero siendo que esta valoración corresponde al contador-partidor y a la viuda, y que estos intervienen en la liquidación, se ha de concluir en la validez de la actuación realizada.

Además, como alega el notario recurrente, del examen del inventario que se incorpora como documento unido a la escritura calificada, resulta que hay bienes inmuebles que suficientes para compensar a la otra parte de los gananciales mediante otros inmuebles; y cabe liquidar los gananciales adjudicando el pleno dominio de algunos bienes con tal de que se iguale el otro haber con otros bienes de la misma naturaleza.

En consecuencia, se ha de revocar este defecto señalado.

6. En cuarto defecto señalado contiene dos apartados, el primero de ellos, se refiere a la necesaria intervención de defensor judicial en la partición debido al conflicto de intereses que concurre en la persona de la tutora como representante legal de su hermano, ya que entiende el registrador los intereses de estos hermanos no discurren paralelos como consecuencia de la cláusula de mejora contenida en el testamento a favor de éste; el segundo apartado se refiere al respeto de los derechos derivados de la premorienza de uno de los herederos y de otro hijo no llamado.

En cuanto a la primera cuestión, el tercer párrafo del artículo 1057 del Código Civil, exige que en los casos de que haya en la partición coherederos sometidos a la patria potestad, tutela o curatela, el contador-partidor deberá inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas, lo que, en el supuesto concreto de este expediente, ha determinado la incorporación del inventario completo a la escritura y la intervención efectiva de la tutora. En consecuencia, se ha cumplido la exigencia de la Ley para el caso de partición realizada por el contador-partidor.

En cuanto a la segunda cuestión, esto es el respeto de los derechos en la partición del preterido y de los llamados por sustitución, ciertamente la partición está pendiente de la concreción de los derechos de un hijo preterido y de los sustitutos del premuerto. Por lo tanto, la necesaria intervención de éstos en su caso, debe conducir a suspender cualquier adjudicación.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto, respecto del tercero y la primera cuestión del cuarto de los defectos señalados, desestimándolo respecto del primero, del segundo y la segunda cuestión del cuarto.

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, 3 de julio de 2019.—El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.