

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

- 7905** *Resolución de 27 de mayo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Jávea n.º 1, por la que se suspende la inscripción de un acta de protocolización de documento de liquidación de sociedad de gananciales.*

En el recurso interpuesto por doña V. L. V. contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Jávea número 1, don Carlos Eugenio Olavarrieta, por la que se suspende la inscripción de un acta de protocolización de documento de liquidación de sociedad de gananciales.

#### Hechos

I

Mediante acta autorizada por el notario de Jávea, don Antonio Jiménez Clar, el día 5 de diciembre de 2013 con número de protocolo 2.068, doña V. L. V. y don J. R. P., éste en su condición de albacea contador-partidor de la herencia de don P. R. P., procedieron a protocolizar el documento de liquidación de gananciales del matrimonio formado por doña V. L. V. y don P. R. P. previo a la aceptación y partición de herencia de este último. De la referida acta, en lo que a este expediente interesa, resulta: que don P. R. P. falleció en estado de casado en segundas nupcias con doña V. L. V. dejando cuatro hijos –dos de su primer matrimonio y dos de su segundo– una de los cuales resulta ser menor de edad; que, dada la imposibilidad de proceder a la partición hereditaria hasta la resolución judicial sobre la aceptación o renuncia de la hija menor de edad, y con la finalidad de que la viuda pueda atender las cargas familiares y la debida prestación de alimentos a los hijos, se procede a la previa liquidación de la sociedad de gananciales mediante el inventario, liquidación y adjudicación de los bienes y obligaciones que conforman la misma; que en el inventario de la sociedad de gananciales a liquidar se incluye, en su activo, la vivienda situada en Teulada, que constituye el domicilio familiar del finado, su esposa y los hijos del segundo matrimonio, finca registral número 19.880 del término municipal de Teulada, cuyo título fue el de «compraventa según escritura otorgada ante el notario de Teulada don Víctor Ortega Álvarez, el día 13 de diciembre de 1990. Si bien, confesado el carácter ganancial de dicho bien por D. P. R. P. mediante testamento otorgado en Teulada ante el Notario don Víctor Ortega Álvarez el día 20 de marzo de 1996 y con número de protocolo 591»; y que el contador-partidor y la viuda proceden a realizarse las consiguientes adjudicaciones en pago de sus derechos, entre los que se encuentra la adjudicación a favor de la viuda de la finca registral 19.880 del término municipal de Teulada con asunción de la obligación del pago de los préstamos hipotecarios adjudicados y las responsabilidades derivadas de dichas hipotecas. Asimismo, en el testamento del causante, don P. R. P., de fecha 20 de marzo de 1996, otorgado ante el notario de Teulada, don Víctor Ortega Álvarez, con el número 591 de protocolo, también en lo que aquí interesa, y junto al legado de usufructo universal a favor de la viuda, institución de herederos a favor de sus hijos, designación de tutor y en su caso curador con las más amplias facultades de tutela que le puedan corresponder y nombramiento de albacea contador-partidor también con las más amplias facultades concedidas por ley a favor de su hermano –el compareciente en el acta–, la cláusula cuarta declara: «Reconoce que con cargo a fondos pertenecientes a la sociedad ganancial, y desde su inicio, se está amortizando el préstamo hipotecario constituido en escritura autorizada por mí, el día 13 de - diciembre de 1990, número 2.386 de protocolo, que se solicitó para la adquisición de la vivienda, en Teulada (...)».

## II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Jávea número 1 copia auténtica de la referida acta junto con el testamento y documentación complementaria, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «De conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria y en relación con la escritura de Liquidación Sociedad autorizada en Jávea, el 5 de diciembre de 2013 ante su notario Antonio J. Jiménez Clar, protocolo 2068/2013, y que fué presentada en esta oficina el día veintitrés de diciembre de dos mil trece, bajo el asiento 357 del Diario 138, aportada el treinta y uno de Enero de dos mil catorce, acompañada del Certificado de Defunción, Certificado de Últimas Voluntades y Testamento otorgado el día veinte de marzo de mil novecientos noventa y seis, ante el Notario de Teulada don Víctor Ortega Álvarez, de Don P. R. P., ha sido calificado negativamente por los siguientes: Hechos.—Don P. R. P. falleció en Teulada el cinco de Abril de dos mil doce, caso en segundas nupcias con doña V. L. V., de cuyo matrimonio tuvo dos hijos llamados A. V. R. L. y S. R. L., anteriormente estuvo casado con doña J. P. R., de cuyo matrimonio tiene dos hijos, llamados J. P. y F. J. R. P., habiendo otorgado testamento en Teulada, el día veinte de Marzo de mil novecientos noventa y seis ante su Notario don Víctor Ortega Álvarez, en el cual lega a su esposa doña V. L. V., el Usufructo Universal y vitalicio de su herencia e Instituye herederos universales de todos sus bienes, derechos y acciones, a sus tres hijos J. P., F. J. R. P., habidos en el primer matrimonio, y a A. V. R. U., habido de éste último matrimonio, así como otros hijos que pudiera tener de su actual matrimonio, por partes iguales. Y por el título que se califica Elevan a Público documento de Liquidación de gananciales previa a la Aceptación y Partición de Herencia, por la que doña V. L. V., en pago de sus respectivos derechos se adjudica el pleno dominio de las fincas descritas bajo los números 1, 2, 3, 4, fincas registrales 19.880; 19.858; 19.001 inscripciones 7.<sup>a</sup>, 9.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup>, 19.001 y 23.348, únicas de las que se solicita su inscripción. Fundamentos de derecho.—No se está verificando la liquidación de la sociedad de gananciales conforme al artículo 1344 y siguientes del Código Civil, realizándose adjudicaciones de bienes en pleno dominio a favor de la viuda. Y por tanto, al existir un hijo menor de edad, aparece una situación de conflicto de intereses, por el cual será necesario el nombramiento de un defensor judicial conforme al art. 1063 del Código Civil.—Haberse incluido en el inventario una finca privativa como ganancial. Contra la anterior calificación (...) En Jávea, a dieciocho de febrero de dos mil catorce. El Registrador (firma ilegible) Fdo: Carlos E. Olavarrieta Jurado».

## III

La anterior nota de calificación fue recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por la otorgante, doña V. L. V., en virtud de escrito que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Jávea número 1 el día 18 de marzo de 2014, por el que alegó, en cuanto al segundo defecto, que el registrador no tiene en cuenta la verdadera voluntad del causante en su testamento acerca de la consideración del bien como ganancial, bien por confesión, bien por aportación realizada en el testamento con independencia del carácter del bien en los libros registrales, de los que resulta la condición de privativo del bien por el hecho de que el otorgamiento de la compraventa se realiza unos meses antes de contraer matrimonio, pero ya siendo ambos pareja de hecho, y en su defensa cita las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo de 2006, 29 de marzo de 2010 y otras en que así se ha considerado.

## IV

El registrador emitió informe el día 24 de marzo de 2014, ratificándose en el contenido de la nota de calificación impugnada en cuanto al defecto recurrido, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 675, 902, 903, 1057, 1059, 1344, 1346 y 1358 del Código Civil; 782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1916 y 1 de junio de 2006; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 1984, 24 de marzo de 2001, 31 de marzo de 2010 y 19 de abril y 30 de septiembre de 2013.

1. Se presenta a inscripción un acta de protocolización de operaciones de liquidación de gananciales –previa a la partición de la herencia del causante– otorgada por el cónyuge supérstite y el albacea contador-partidor nombrado con las más amplias facultades concedidas por ley, existiendo herederos forzosos que no intervienen en el instrumento público. En el inventario de la sociedad de gananciales se incluye, dentro de su activo, la vivienda que constituía el domicilio familiar, respecto de la cual, a pesar de haber sido adquirida por compra antes del matrimonio, los otorgantes manifiestan que el causante confesó su carácter ganancial en su testamento. Concretamente, en el testamento, lo que se hizo constar en relación a este extremo fue lo siguiente: «Reconoce –el testador– que con cargo a fondos pertenecientes a la sociedad ganancial, y desde su inicio, se está amortizando el préstamo hipotecario constituido en escritura autorizada por mí, el día 13 de - diciembre de 1990, número 2.386 de protocolo, que - se solicitó para la adquisición de la vivienda, en Teulada (...).». El registrador, junto por otro defecto no recurrido, califica negativamente el acta presentada por haberse incluido en el inventario una finca privativa como ganancial. El recurrente sostiene que la vivienda a que refiere la calificación tiene condición de ganancial, bien por confesión del testador, bien por aportación realizada en el propio testamento mediante la cláusula objeto de interpretación realizada por el albacea contador-partidor nombrado con amplias facultades.

2. Es doctrina jurisprudencial pacífica, que las competencias del contador-partidor, se cifan a contar y partir, realizando cuanto acto jurídico y material sea preciso para este objeto, incluso ampliamente según el concreto supuesto, por ejemplo realizando divisiones, segregaciones o pagando excesos de adjudicación, si las fincas no tuvieran 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.

3. 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 ocaciones en fina línea de distinción con lo particional–, quienes deban exigir, en su caso judicialmente, su pretensión.

Según se deriva de los pronunciamientos jurisprudenciales y del Centro Directivo citados en los «Vistos», resulta que el contador-partidor no puede realizar actos que excedan la partición: entre ellos, aunque no sea el caso, prescindir del viudo en la liquidación del régimen económico matrimonial; realizar conmutación de la legítima del viudo; realizar hijuelas para pago de deuda; o atribuirse funciones privativas del testador, como es la revocación de disposiciones o la valoración de los supuestos de desheredación. Tampoco constituye acto particional decidir si una legataria a la que se atribuye en el testamento la opción de ser legataria de parte alícuota o recibir en usufructo una finca ha cumplido o no la condición impuesta por el testador a la misma, sino que se trata de un presupuesto o cuestión previa a la propia partición, que sólo puede resolverse si se acredita que la interesada ha prestado su conformidad o ha sido resuelta la cuestión judicialmente en otro caso. 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.

4. Por otra parte el albacea contador-partidor, además de contar y partir, tiene unas funciones de interpretación del testamento y ejecución de la voluntad del causante que van más allá de la de la estricta división del caudal. El albacea no puede realizar actos dispositivos sin consentimiento de los herederos ni contraer nuevas obligaciones, pero sí interpretar y ejecutar la voluntad del causante en las atribuciones hereditarias. Puede no sólo partir el caudal relicto entre los interesados, sino también velar por el cumplimiento y ejecución de la voluntad del causante. Y en la determinación del ámbito de actuación del albacea habrá que tener muy en cuenta la voluntad del causante, ley fundamental de la sucesión (cfr. artículos 675 y 902 del Código Civil) de manera que se puede equiparar la partición hecha por el contador-partidor a la hecha por el testador (cfr. artículo 1057 del Código Civil).

5. También ha mantenido este Centro Directivo (vid. Resolución de 30 de marzo de 2010) que en virtud del pacto a que refiere el artículo 1355 del Código Civil se proyecta el principio de la autonomía de la voluntad sobre el ámbito de las reglas de calificación o adscripción de los bienes a los respectivos patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges, pudiendo éstos excepcionar la regla de la subrogación real haciendo que el bien adquirido, aun habiendo sido satisfecho con fondos privativos, ingrese en el patrimonio consorcial. A este respecto se ha de recordar que la regulación del régimen económico matrimonial que contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad que se manifiesta, entre otros, en los artículos 1315 (libertad en la determinación del régimen económico), 1325 (libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución), 1328 (libertad de pacto en tanto las estipulaciones no sean contrarias a las leyes o las costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge) y 1323 (posibilidad de transmitirse los cónyuges por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos), sin más limitaciones que las establecidas en el mismo Código Civil (cfr. artículo 1315).

6. Sin embargo, en el supuesto de hecho de este expediente, el albacea contador-partidor sobrepasa claramente su función interpretadora al atribuir directamente la condición de ganancial a un bien por el hecho de que el causante en su testamento declare que, en el momento de su otorgamiento, el bien constituía su domicilio familiar y reconozca al mismo tiempo que dicha finca fue adquirida antes del matrimonio y mediante un préstamo que, también hasta el momento del otorgamiento del testamento, estaba siendo reembolsado con fondos de la sociedad de gananciales.

En efecto, en primer lugar, el testamento sólo refiere a las cuotas satisfechas antes de su otorgamiento sin que ninguna virtualidad pueda ofrecer respecto de la naturaleza privativa o ganancial de los eventuales reembolsos a realizar con posterioridad a dicha fecha. Pero es que además, la interpretación realizada por el albacea contradice el sentido propio de las palabras utilizadas por el testador, por cuanto éste se limita a reconocer la existencia de una adquisición previa al inicio de la sociedad de gananciales, la cual, si bien referida a la vivienda familiar, fue satisfecha no por precio aplazado sino mediante un precio íntegramente desembolsado al tiempo de la compra, y por tanto

privativo, aun cuando el mismo hubiere sido obtenido mediante un préstamo, que también siendo privativo no obstante fue reembolsado al menos parcialmente con caudal ganancial, generándose en consecuencia tan solo un crédito a favor de la sociedad de gananciales que habrá de reembolsarse, conforme al artículo 1358 del código Civil, a costa del caudal propio mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación.

7. De acuerdo con lo expuesto, atribuir la condición de ganancial en estas circunstancias al bien relacionado en el testamento, modificando su condición legal de bien privativo, para luego adjudicárselo íntegramente al cónyuge sobreviviente, implica un acto de disposición que va más allá de la concreción que toda interpretación lleva consigo o implica y que exige la intervención de los herederos forzosos del causante. Lo cual no es óbice para que, existiendo un reconocimiento de deuda a favor de la sociedad de gananciales, pueda dicha deuda ser inventariada para ser satisfecha por los medios reconocidos en derecho.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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, 27 de mayo de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.