

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 4120** *Resolución de 18 de marzo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Tomelloso, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones particionales practicada por el albacea contador-partidor.*

En el recurso interpuesto por don C. D. A. contra la calificación del registrador de la Propiedad de Tomelloso, don Eduardo José Martínez García, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones particionales practicada por el albacea contador-partidor.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Tomelloso, don Lino Esteban Sánchez-Cabezudo Díaz-Guerra, el día 17 de octubre de 2014 con el número 1.851 de protocolo, se otorgaron operaciones de partición de la herencia de doña M. A. M., fallecida el día 17 de mayo de 2006.

Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento, otorgado ante el notario de Socuéllamos, don Andrés Miguel Arroquia Garrido, el día 11 de junio de 1992. En el citado testamento, entre otras disposiciones, recoge en lo que afecta al expediente, lo siguiente: «Sexto.–Nombramiento de albaceas: Nombra Albacea, Contador-Partidor y Comisario-Tasador de su herencia, con las plenas facultades legales y particionales, especialmente las comprendidas en los artículos 902 y 1.057 del Código Civil y expresamente, la de entregar legados e interpretar este testamento, pudiendo ejercer dichas facultades, prorrogándole el plazo legal del encargo por cinco años más, a don F. L. P.».

Al otorgamiento de la escritura de fecha 17 de octubre de 2014 concurren el viudo, don H. L. P., y el albacea contador-partidor, don F. L. P. Hay interesados en la herencia dos herederos que no comparecen a este otorgamiento.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Tomelloso el día 27 de octubre de 2014, y fue objeto de suspensión por falta de la declaración o presentación de la autoliquidación del impuesto correspondiente; se acreditó esta documentación el día 28 de octubre de 2014, y fue objeto de calificación negativa de fecha 11 de noviembre de 2014, notificada el día 28 de noviembre de 2014, que, a continuación, se transcribe: «Visto por don Eduardo José Martínez García, Registrador de la Propiedad de Tomelloso, Provincia de Ciudad Real, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 6368, iniciado como consecuencia de la presentación en el mismo Registro del documento que se dirá en virtud de la solicitud de inscripción. En el ejercicio de calificación registral sobre la legalidad del documento presentado resultan los siguientes: Hechos I.–El documento objeto de la presente calificación, otorgado el 17/10/2014, por el Notario de Tomelloso, Lino Esteban Sánchez-Cabezudo Díaz-Guerra, número de protocolo 1851/2014, fue presentado el día 27/10/2014 generando el asiento 462 del Diario 70.–II.– En dicho documento se han observado las siguientes circunstancias que han sido objeto de calificación desfavorable: - Escritura de protocolización de cuaderno particional de la herencia al fallecimiento de doña M. A. M., en la que se observa lo siguiente: - Las fincas inventariadas del uno al doce y una mitad indivisa de la número trece, ya no pertenecen a

la causante. - El cargo del albacea don F. L. P., tiene una prórroga efectuada en el testamento de la causante de cinco años. Defecto subsanables; no se ha solicitado anotación preventiva de suspensión. A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes: Fundamentos de Derecho I.–Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a la calificación por el Registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en las mismas, de conformidad de lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución. II.–En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho II anterior: Como consecuencia de lo expuesto en los hechos, en el caso aquí contemplado, 1.–Las fincas inventariadas del uno al cuatro, ya no pertenecen a la causante, ya que las donó junto con su esposo, a su hijo don J. D. A., y las inventariadas del cinco al doce, por donación a su hijo don C. D. A., todo ello en escritura otorgada el día veintiocho de Noviembre de mil novecientos noventa y uno, en y ante el Notario de Socuéllamos don Andrés Miguel Arroquia Garrido; a su vez, una mitad indivisa de la finca inventariada con el número trece, tampoco pertenece a la causante, ya que la misma era propiedad privativa de su esposo don H. D. P. y reservándose el usufructo vitalicio para sí de expresada participación, donó la nuda propiedad de la misma a su hijo don C. D. A., todo ello según escritura otorgada con fecha dos de Septiembre de dos mil catorce, en y ante la Notario de Socuéllamos doña María Luisa Sánchez Tembleque Zarandona, es por lo que, al no formar ya la mayoría de las fincas inventariadas parte del caudal hereditario de doña M. A. M., se ha de considerar que tanto el inventario como la liquidación que constan en el cuaderno particional son erróneos. 2.–Se nombra albacea a don F. L. P. en el testamento de dicha señora, y se le prorroga el plazo legal del albacea por cinco años más, si dicha señora falleció el día diecisiete de mayo de dos mil seis, en el momento del otorgamiento del cuaderno particional protocolizado, dicho cargo se encontraba caduco. (art. 905 CC) En su virtud: Acuerdo Suspender la inscripción del documento presentado, por la concurrencia de los defectos anteriormente advertidos. Queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación en los términos expresados en los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Las calificaciones negativas del Registrador (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Eduardo-José Martínez García registrador/a de Registro Propiedad de Tomelloso a día once de Noviembre del año dos mil catorce».

III

Mediante escrito fechado el día 28 de diciembre de 2014, presentado en una oficina de Correos el día 29 de diciembre de 2014 y con sello de entrada en el Registro de la Propiedad de Tomelloso el día 5 de enero de 2015, don C. D. A. interpuso recurso contra la calificación en el que alega, en síntesis, lo siguiente: Primero.–Que el único motivo de recurso es la consideración de caduco del nombramiento del cargo de albacea de don F. L. P. por aplicación del artículo 905 del Código Civil; Segundo.–Que el albacea a quien el testador no haya fijado plazo deberá cumplir su encargo dentro de un año contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones, y Tercero.–Que «en el caso que ocupa, el conocimiento del nombramiento de albacea no se puede considerar que lo sea al fallecimiento de la testadora (...) sino que se acredita que el conocimiento lo es a partir de la elaboración del cuaderno particional (...) Dado que la testadora no señaló plazo alguno al albacea para la realización del encargo que le hacía, ha de estarse a lo dispuesto en el Código Civil, y fijarse tal plazo en un año desde la aceptación del cargo (sic)».

IV

Mediante escrito, de fecha 5 de enero de 2015, se ofició al recurrente, solicitando la subsanación de errores del escrito de recurso, que fueron subsanados por instancia de fecha 20 de enero de 2015.

Mediante escrito, de fecha de 22 de enero de 2015, se notificó el recurso al notario autorizante de la escritura sin que hasta hoy se haya producido ninguna alegación.

Mediante escrito, de fecha de 2 de febrero de 2015, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 898, 900, 904 y siguientes, 1005 y 1057 del Código Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1903, 5 de febrero de 1908, 14 de enero y 13 de noviembre de 1912, 23 de octubre de 1923, 1 de junio de 1926, 22 de febrero de 1929, 5 de julio de 1947, 23 de noviembre de 1974, 20 de febrero de 1993, 28 de noviembre de 2005 y 19 de junio de 2006; la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 31 de diciembre de 2001, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 2011, así como la sentencia sobre la misma de la Audiencia Provincial de Salamanca de 26 de noviembre de 2012.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de operaciones particionales de una herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: es otorgada por el viudo conjuntamente con el albacea contador-partidor designado en el testamento, sin la concurrencia de los dos herederos; han transcurrido desde la apertura de la sucesión más de ocho años y el plazo señalado en el testamento para el ejercicio de las facultades al albacea contador-partidor, es el legal prorrogándolo por cinco años más.

El registrador señala como defecto, además de otro que no es objeto de recurso, la caducidad del cargo.

El recurrente alega que el plazo comienza con la aceptación y, además, que el conocimiento de su nombramiento lo es a partir de la elaboración del cuaderno particional y no el señalado por el artículo 898 del Código Civil.

En consecuencia, la cuestión a determinar es el inicio del cómputo para el ejercicio de sus facultades por el contador-partidor y, en su caso, la caducidad del cargo.

2. En primer lugar, el régimen legal del cargo de contador-partidor se integra en las normas del albaceazgo, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia tradicional (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1974) y absolutamente reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo 24 de febrero de 1903, 5 de febrero de 1908, 14 de enero y 13 de noviembre de 1912, 23 de octubre de 1923, 22 de febrero de 1929 y 5 de julio de 1947) y sin discusión, aceptan que ante el silencio del artículo 1057 del Código Civil respecto a la regulación del contador-partidor, se rige por la normativa del albacea, lo que significa que se debe acudir a los artículos 892 y siguientes del Código Civil y en especial a los efectos de este expediente, los artículos 898 y 904.

3. Así, de estos artículos, resulta que el cargo del albacea se ejercita en un plazo que puede ser señalado por el testador o en su defecto del legal de un año desde su aceptación. A los efectos que nos interesan, también se recoge que el cargo de albaceazgo es voluntario, y «se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquel en que tenga noticia de su nombramiento, o, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador». Lo que deja en un vacío la interpretación de qué ocurre en los casos en los que tuvo conocimiento de la muerte del testador pero no de su nombramiento para el cargo.

Este Centro Directivo (Resoluciones en «Vistos») ha dicho que «tener noticia del nombramiento o de la muerte del testador, ha de entenderse, en ambos casos, en el

sentido riguroso de saber que el hecho aconteció». Por lo tanto, la expresión «tener noticia» consiste en saber que el hecho aconteció y no basta el mero rumor o cualquier otro medio de conocer sin certeza ni seguridad. Señala el artículo 900 que en el caso de no aceptar se perderá por el albacea lo que le hubiere dejado el testador, lo que supone una sanción sin contemplar si hay justa causa o no. Pero en definitiva, si no se repudia el nombramiento habiéndolo conocido, resulta su aceptación: sin que sea necesaria la «interpellatio o interrogatio in iure» que se recoge en el artículo 1005 para los herederos.

En consecuencia, esta aceptación puede ser expresa, tácita -deducida de la «facta concludentia», por ejemplo a consecuencia de una conducta del contador-partidor que conocido su nombramiento, realiza los actos necesarios encaminados a lograr el fin encomendado- y presunta -resultante de no repudiar el cargo en el plazo de seis días a contar desde que tuvo conocimiento de la muerte del testador y de su nombramiento para el cargo-. Esta presunción no admite prueba en contrario y por ello se puede calificar como una aceptación por ministerio de la ley. Esto es así porque el Código Civil parte de la base de que al estar ante un nombramiento de confianza, el nombrado no rehusará el cargo y basta su silencio para entenderlo aceptado, pero de rehusarlo perderá lo dejado.

Además el albacea, a quien el testador no haya fijado plazo, deberá cumplir su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones. Si el testador quisiera ampliar el plazo legal, deberá señalar expresamente el de la prórroga.

Pero en cualquier caso, nos queda el vacío legal de lo que ocurre cuando el contador o el albacea no conocen el nombramiento al que han sido llamados aunque tengan conocimiento de la muerte del testador.

4. El Tribunal Supremo ha determinado en Sentencia 643/2006, de 19 de junio de 2006, que es claro el artículo 904 del Código Civil, cuando preceptúa que el albacea debe desempeñar su función en el plazo de un año cuando el testador no señaló otro, y que aquel plazo se cuenta desde la aceptación, o desde la terminación de los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o algunas de sus disposiciones, y estas circunstancias no equivalen a la finalización de las operaciones fiscales a que da lugar el fallecimiento del testador, ni impiden las mismas que los bienes relictos sean objeto de valoración mientras la Administración Tributaria no la fije.

También este Centro Directivo ha dicho que en el caso de no ejercicio en plazo del cargo de albaceazgo o cuenta y partición, «es necesario que la partición hereditaria se formalice por los propios herederos y los restantes interesados en la herencia [...] sin perjuicio de que, en el procedimiento judicial correspondiente y con los medios de prueba que se admitan, se pueda llegar por el juzgador a conclusiones contrarias». Lo que responde a una aplicación analógica del artículo 911 del Código Civil por el cual, en el caso de muerte, imposibilidad, renuncia o remoción del albacea o por el transcurso del lapso del término señalado por el testador, en el caso de no haber el albacea aceptado el cargo, corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador.

5. Sentado esto y centrados en el expediente, el escrito de recurso se basa en que el cómputo para el plazo de aceptación del cargo debe ser desde que se elabora el cuaderno particional porque en ese momento ha tenido conocimiento de su nombramiento y no el señalado en la nota de calificación, esto es, seis días contados desde la apertura de la sucesión, de conformidad con el artículo 898 del Código Civil. Por tanto la cuestión a determinar es el inicio del cómputo, conforme a la documentación presentada y calificada.

En primer lugar, como ha determinado la sentencia número 448/2001, de 31 diciembre, de la Audiencia Provincial de Palencia, el momento inicial del plazo para que el contador pueda realizar la partición, no es el de la aceptación del cargo, como parece indicar el artículo 904 del Código Civil, pues si así se entendiera, se vendría a dejar a merced de aquél, la prolongación excesiva de un plazo que la Ley quiere que sea corto y perfectamente definido en su inicio; ni lo es tampoco el hecho del conocimiento por dicho contador, de su designación, porque ésta, por sí sola no le faculta para actuar, sino que

su legal actuación sólo puede comenzarla después de que ocurra el fallecimiento del testador y se compruebe que tal designación no ha sido revocada por disposición testamentaria posterior.

La aceptación es una declaración unilateral de voluntad «inter vivos». Escalonadamente, pues, la adquisición del cargo se basa en dos declaraciones de voluntad unilaterales, el nombramiento y la aceptación. Pero no requiere forma alguna la aceptación y, aparte de no solemne, puede ser tácita: piénsese que a la ley no ha de preocuparle grandemente la constancia de la aceptación del cargo de albacea, cuando prácticamente la no repudiación equivale a la aceptación. Así pues, el llamado deviene albacea si, aunque no acepte, deja transcurrir el plazo de seis días sin repudiar -«El albaceazgo es cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días...», dice el artículo 898-. Estamos ante un caso de adquisición «ex lege» del cargo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1926 dice que se acepta por ministerio de la ley. Ciertamente que al comienzo del artículo se proclama que el albaceazgo es cargo voluntario, pero esta declaración programática realmente no choca, en el sentido que debe dársele, con la adquisición «ex lege» en el caso contemplado, porque siempre el llamado pudo haber repudiado, de forma que en última instancia depende de su voluntad el que se le atribuya el cargo. Lo que ocurre es que la ley, a la vista del «id quod plerumque accidit», decide que en el caso de no repudiación es que quiere aceptar. Pero ocurre que para que toda esta doctrina pueda aplicarse es necesario que el nombrado conozca ese nombramiento, aun cuando sepa la muerte del testador.

Además realmente, para que el silencio valiese como declaración de voluntad y la atribución se produjese directamente «ex voluntate», sería preciso no sólo acreditar que se tenía conocimiento del nombramiento, sino también admitir la prueba de la posible voluntad contraria, pues, en otro caso, el efecto se sigue necesariamente del silencio, aunque discrepe de la verdadera voluntad de no aceptar o coincida sólo con una voluntad viciada de aceptar. Ahora bien, la expresión tajante de la ley, «se entenderá aceptado», parece que no deja margen para estimar que estamos ante una presunción «iuris tantum».

En ese sentido, la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, que señala que el artículo 904 del Código Civil determina que el albacea cuando el testador no haya fijado plazo, debe cumplir su encargo dentro de un año contado desde su aceptación o desde que terminen los litigios que se promovieron sobre la validez o nulidad del testamento o de algunas de sus disposiciones, y el artículo 898 del mismo Código Civil establece como el albaceazgo se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquél en que se tenga noticia de su nombramiento, o, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al que se supo la muerte del testador.

La justificación del límite temporal del encargo de partir la herencia está en el carácter no perpetuo del cargo así como también en que las facultades del albacea están destinadas a su ejercicio, no a su conservación, pues por la propia finalidad del mismo lo que debe procurar es la ejecución de la última voluntad del testador, y así también el que al tratarse de un cargo de confianza en interés ajeno, sería anómalo que los interesados de una sucesión vieran recortadas o constreñidas sus facultades sobre los bienes hereditarios permanentemente o por un período de tiempo ilimitado, por voluntad de un tercero que necesariamente no tiene que estar llamado a la herencia.

6. Así pues, la aceptación del cargo del albaceazgo, conforme a lo que establece el artículo 898 del Código Civil, se plantea como un cargo voluntario, que admite desde luego la aceptación expresa, pero también la aceptación «ex lege» o si se quiere aceptación tácita. La aceptación expresa consistirá en una declaración de voluntad que no requiere forma especial alguna y por lo que se refiere a la aceptación presunta o tácita se produce cuando el nombrado albacea no se excusa en el plazo de seis días desde que tenga noticia de su nombramiento o si le era ya conocido dentro de los seis siguientes al que supo la muerte del testador. Desde luego en el supuesto del expediente, no nos encontramos ante un supuesto de aceptación expresa y lo sería ante un supuesto de

aceptación tácita si se acreditase que el contador había tenido conocimiento de su nombramiento.

En consecuencia, el momento inicial del plazo para que el contador pueda realizar la partición, no es el de la aceptación del cargo, como parece indicar el artículo 904 del Código Civil, pues sí así se entendiera, se vendría a dejar a merced de aquél la prolongación excesiva de un plazo que la ley quiere que sea corto y perfectamente definido en su inicio; ni lo es tampoco el hecho del conocimiento por dicho contador de su designación, porque ésta, por sí sola no le faculta para actuar, sino que su legal actuación sólo puede comenzarla después de que ocurra el fallecimiento del testador y se compruebe que tal designación no ha sido revocada por disposición testamentaria posterior, y abierta la sucesión no se ha renunciado al cargo en los seis días siguientes. Lo sería una combinación de estas dos: ocurrido el fallecimiento del testador si conocía el nombramiento, a los seis días desde el óbito sin excusarse del cargo, y si no lo conocía, seis días a contar desde que tuvo el conocimiento de su nombramiento pero una vez abierta la sucesión.

Sucedido el fallecimiento de doña M. A. M. el día 17 de mayo de 2006 y siendo el plazo de un año más los cinco de prórroga, el día inicial de cómputo, si el contador hubiese conocido su nombramiento en vida de la causante, sería el día 23 de mayo de 2006 por lo que la protocolización de la partición hecha el día 17 de octubre de 2014, sería ya con el cargo caducado. Pero si el contador no tuvo conocimiento de su nombramiento, el plazo empieza a contar desde que lo tuviera, y entonces pudiera ocurrir que el cargo no ha caducado.

7. Al no resultar del expediente dato ni acreditación alguna por la que se deduzca que el contador había tenido conocimiento de su nombramiento para el cargo en tiempo anterior al de la confección del cuaderno particional, debemos entender que el plazo no debe contar sino desde el momento en que efectivamente realizó la primera actuación de su encargo, esto es desde la confección del cuaderno particional, que es la única fecha de inicio del plazo acreditada, ya que no ha mediado requerimiento por los herederos para que acepte o renuncie al cargo. Todo esto, como señala este Centro Directivo (Resoluciones en «Vistos»), sin perjuicio de que en el procedimiento judicial correspondiente y con los medios de prueba que se admitan, se pueda llegar por el juzgador a conclusiones contrarias.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con los fundamentos de Derecho anteriormente expuestos, estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 18 de marzo de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.