

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12737 *Resolución de 12 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Badajoz n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional.*

En el recurso interpuesto por doña M. P. P. M., en nombre y representación de doña L. M. C., contra la calificación del registrador de la Propiedad de Badajoz número 3, don Ignacio Burgos Bravo, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 21 de enero de 2021 por la notaria de Badajoz, doña María José del Castillo Vico, con el número 61 de protocolo, otorgada por dos de las tres hijas y herederas del causante (una de las comparecientes representando también a la viuda) y el contador-partidor dativo, se protocolizó el cuaderno particional de la herencia de don V. P. S., quien en su testamento legó a su esposa el usufructo universal y vitalicio de su herencia (con «cautela Socini»), e instituyó herederas a sus tres hijas (las dos otorgantes de la escritura y la tercera, posteriormente interpelada «in iure»), adjudicándose a su viuda la finca registral 52.333 del Registro de la Propiedad de Badajoz número 3.

En dicho cuaderno particional se inventariaron la citada finca (vivienda) y dos cuentas bancarias, comprendiendo también, como operación previa, la liquidación de la sociedad de gananciales; la fijación de los haberes hereditarios que correspondían a cada una de las interesadas en la sucesión, conforme a lo ordenado por el causante en su testamento; y la partición del caudal hereditario.

El contador-partidor dativo adjudicó las cuentas bancarias a las tres hijas y a la viuda el pleno dominio de la registral 52.333 (vivienda), al amparo de lo establecido en el artículo 1062 del Código Civil y con la carga de la hipoteca, esto es, por su valor neto dado su carácter de indivisible; y determinó la forma y el plazo en que habría de abonarse a las tres hijas y herederas su igual haber respectivo.

A la escritura presentada a inscripción se acompañó: la escritura de nombramiento de contador-partidor dativo, otorgada el día 28 de septiembre de 2020 en ante la citada notaria de Badajoz con el número 709 de protocolo, y acta de requerimiento a una de las herederas («interrogatio in iure»), conforme al artículo 1005 del Código Civil (acta autorizada el día 28 de julio de 2020 por la misma notaria de Badajoz bajo el número 521 de protocolo); heredera que no compareció al otorgamiento de la citada escritura de protocolización de cuaderno particional.

En el expediente del recurso obra un «testimonio de particulares» expedido por la notaria autorizante de la citada escritura de protocolización (protocolo número 61), en el que hacía constar que, después de expedida la copia autorizada de dicha escritura, se adicionó a la misma una diligencia (fecha el 22 de marzo de 2021), en la cual la notaria autorizante hizo constar lo siguiente: «(...) una vez practicada la partición por el contador-partidor, y concurriendo más del cincuenta por ciento del haber hereditario en la escritura referida, apruebo dicha partición en base a los artículos 1057 y 1062 del Código Civil (...)» (con cita de determinadas Sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado).

II

Presentada copia autorizada de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Badajoz número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Presentado el precedente documento, y calificado tras examinar los antecedentes del Registro, el Registrador que suscribe, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria y concordantes, de su Reglamento, por la presente le notifico que, con esta fecha suspendo su inscripción/anotación, basado en los siguientes:

Hechos:

a. Escritura otorgada en Badajoz a veintinueve de enero del año dos mil veintiuno, ante la Notario doña María Jose del Castillo Vico, número 61/2021 de su protocolo, por la que, por fallecimiento de don V. P. S., se adjudica a doña L. M. C. la finca descrita en el cuaderno particional que se incorpora a la matriz de la escritura –registral 52333–. Se acompaña, escritura de nombramiento de contador partidor otorgada en Badajoz, el 287 de septiembre de 2020, ante citada Notario Castillo Vico, número 709 de su protocolo y acta de requerimiento conforme al artículo 1005 del Código Civil, autorizada en Badajoz, el 28 de Julio de 2020, por la misma Notario, número 521 de su protocolo.

Dicho documento fue presentado en este Registro, a las 14:25:37 horas del día 29/01/21, asiento 610, Diario 104.

b. En indicado documento comparecen, doña M. y doña I. P. M. como Contador Partidor Dativo, don A. G. G. No comparece la hija y heredera doña L. M. C.

c. Las operaciones realizadas por el contador partidor, que deben entenderse ratificadas la elevación a público del documento por las comparecientes mencionadas, son:

- a) Adjudicación en pago de gananciales.
- b) Conmutación del legado de usufructo al cónyuge viudo por la entrega de porcentaje del dominio del único bien inventariado.
- c) Adjudicación al cónyuge viudo de una participación del bien inventariado, la obligación de compensar a los herederos legitimarios en un plazo que se señala.
- d) Adjudicación al cónyuge viudo de una participación del bien inventariado en pago de una deuda ganancial, que, por otra parte, no es objeto de adjudicación.

Es de destacar, para la correcta comprensión de los defectos que se insertarán a continuación, la ausencia de consentimiento de la heredera legitimaria no compareciente, doña L. M. C.

Con relación a los actos realizados, debe señalarse los siguientes,

Fundamentos de derecho:

1. En cuanto a la transformación del usufructo del cónyuge viudo en una atribución en pleno dominio de un porcentaje del inmueble, carece el contador partidor de facultades para realizarla sin el consentimiento de todos los herederos. Así lo recoge la RDGRyN de 17 de mayo de 2002 de la que transcribo el fundamento de derecho: 3.º: “Puesto que la atribución testamentaria al cónyuge viudo tiene el carácter de legado, el albacea contador debe limitarse a entregarlo tal como ha sido configurado (cfr. arts. 506, 507 y 510 del Código Civil), si procede (cfr. arts. 885, 902, 1.025 y 1.027 del Código Civil), sin poder alterar su contenido, pues tal alteración trasciende claramente al cometido particional que se le confiere, en cuanto supone una manifestación de la personalísima facultad de testar (cfr. arts. 667, 668, 670 y 671 del Código Civil) que el albacea contador tiene que respetar (cfr. art. 902.3 del Código Civil); en consecuencia, esa alteración sólo puede ser ya el resultado de un acuerdo entre el legatario y los herederos, sin que en tal negocio pueda prescindirse de la intervención de éstos por la actuación del albacea (arts. 902 y 1.259 del Código Civil)”. Añadiendo: hay una clara

extralimitación del albacea contador partidor en las facultades que se le confiere al transformar –en cuanto a ese 32,4342432 por 100– un legado de usufructo en legado de plena propiedad”. Doctrina reiterada, a modo de obiter dicta, en R. 8-10-2013, que transcribe lo declarado por el Tribunal Supremo: es nula de pleno derecho la partición que infringe lo dispuesto en el art. 839 CC, el cual “determina las formas en que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en usufructo, sin que lógicamente puedan adjudicarse a tal fin bienes en propiedad sin el consentimiento de todos los herederos”.

2. En cuanto a la adjudicación al cónyuge viudo, a calidad de compensar a los herederos, que también son legitimarios, con un derecho de crédito, excede de las facultades del contador partidor, además de atentar contra el principio básico de intangibilidad de la legítima. A este respecto, resulta especialmente indicativa la RDGRyN de 13 de mayo de 2003, de la que transcribo parte de su fundamento de derecho segundo: “Ahora bien, la asignación de todos los bienes de la herencia a uno de los interesados imponiéndole la obligación de pagar los derechos correspondientes a los otros interesados en metálico supone transformar los derechos de éstos que de cotitulares de la masa hereditaria con cargo a la que, previa liquidación, han de satisfacerse sus derechos, pasan a ser titulares de un derecho de crédito frente a otro de los partícipes. Y ello implica un acto de disposición admisible en el caso de ser los interesados con facultades de libre disposición de sus bienes los que lo convinieran (cfr. artículo 1.058 CC), pero que no puede entenderse comprendida entre las de partir que al contador partidor le vienen asignadas por la ley en su condición de tal. Otro tanto cabría decir del derecho de los legitimarios, intangible no sólo en el aspecto cuantitativo sino también en el cualitativo que, por más que de naturaleza discutida en Derecho común, no puede el contador partidor cambiar por un crédito frente a los herederos so pena de desvirtuarlo completamente, algo que el legislador ni tan siquiera permite en el caso de que el testador lo imponga o autorice (cfr. artículo 841) si no es con consentimiento de los afectados o aprobación judicial (artículo 843), amén del necesario respeto de Otra serie de garantías como los plazos preclusivos de todo el proceso de partición y pago”.

3. En cuanto a la adjudicación al cónyuge viudo de parte del inmueble en pago de una deuda ganancial, implica un acto dispositivo, también vedado al contador partidor, como la realización, en general, de actos dispositivos que exceden de las meras facultades de contar y partir. Especial aclaratoria al respecto resulta la RDGRyN de 22 de julio de 2016, de la que transcribo parte de su fundamento de derecho tercero: “la adjudicación de un bien de la herencia a uno de los interesados –la viuda– en pago de una deuda de la sociedad conyugal implica un acto de disposición admisible en el caso de ser los interesados con facultades de libre disposición de sus bienes los que lo convinieran (cfr. artículo 1058 del Código Civil), pero que no puede entenderse comprendida entre las de partir que al contador partidor le vienen asignadas por la ley en su condición de tal (cfr., entre otras, las Resoluciones de 29 de enero de 2013 y 27 de mayo de 2014, entre otras)”.

4. Dispone el artículo 1057 del Código Civil que “No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios”. Pues bien, no consta la aprobación requerida en este precepto, sin que la elevación a público por sí misma, pueda implicar que ésta se ha realizado.

Artículos 841 y siguientes; 1057, 1058, 1061, 1062, 1324, 1361 y 1410 del Código Civil; 1.3.º, 3, 9, 18, 40 y 212 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 9 y 95 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2004, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de febrero

de 1943, 6 de abril de 1962, 27 de diciembre de 1982, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio y 20 de septiembre de 2003, 2 de enero de 2004, 2 de febrero, 14 de abril y 13 de octubre de 2005, 19 de diciembre de 2006, 20 de julio de 2007, 16 de septiembre de 2008, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011, 29 de febrero y 18 de mayo de 2012, 29 de enero, 12 de junio y 30 de septiembre de 2013, 14 de mayo de 2013, 27 de mayo de 2014 y 2 de marzo de 2016.

Por tanto, teniendo en cuenta los hechos y fundamentos de derechos expuestos y a la vista de lo anteriormente transcrito, este Registrador ha resuelto suspender el acto solicitado, porque se considera que la partición realizada por el contador partidor, excede de las facultades a éste conferidas por la Ley y atenta contra la intangibilidad de la legítima, por lo que, para su validez, necesitará el consentimiento de todos los herederos, extremo que no concurre en este caso. Del mismo modo, debe constar de forma expresa la aprobación prevenida en el artículo 1057 del Código Civil.

Tal/es defecto/s se considera/n subsanable.

Contra la precedente nota de calificación (...)

Badajoz, dos de marzo de dos mil veintiuno.–El registrador (firma ilegible), Firmado: Ignacio Burgos Bravo».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. P. P. M., en nombre y representación de doña L. M. C., interpuso recurso el día 12 de abril de 2021 en los siguientes términos:

«(...) Que no encontrando la calificación ajustada a Derecho y dentro del plazo de un mes desde su notificación, se interpone recurso gubernativo ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre la base de los siguientes

Hechos:

1. Don V. P. S. falleció en Badajoz, el 30 de julio de 2014, en estado de casado en únicas nupcias con doña L. M. C. y con tres hijas llamadas E., A. I. y M. P. P. M.

La sucesión se rige por el testamento abierto otorgado en esta Capital, el 13 de enero de 2004, ante el Notario don Carlos Alberto Mateos Íñiguez, número 54 de su Protocolo, en el que legaba a su esposa el usufructo universal y vitalicio de sus bienes e instituyó herederas, por iguales partes, a sus tres citadas hijas.

Las interesadas en la sucesión realizan las gestiones para llevar a cabo la partición de la herencia de su esposo y padre, en la que, como ganancial del matrimonio y único inmueble integrante del caudal hereditario, se encuentra la vivienda inscrita en el Registro de la Propiedad número Tres de Badajoz bajo el número 52.333.

El inmueble se halla gravado con una hipoteca en garantía de la devolución de un préstamo que al causante y a su viuda les había concedido el Banco Primus, S.A., que fue formalizado en escritura de 27 de junio de 2008 ante el Notario de Badajoz, don José Luis Chacón Llorente, número 1518 de su Protocolo.

Preparada la escritura de partición de herencia en la Notaría de doña María José del Castillo Vico en Badajoz, el documento público no se formalizó por la incomparecencia de doña E. P. M.

2. La viuda y las otras dos herederas proceden a formalizar acta, que fue autorizada el 28 de julio de 2020 por la mencionada Notario, número 521 de su Protocolo. En ella, previa aceptación pura y simple de la herencia por parte de las requirentes y al amparo del artículo 1005 del Código Civil, se insta a la fedataria para que requiera a doña E. P. M. a que, en un plazo máximo de treinta días naturales desde la notificación, acepte, pura y simplemente o a beneficio de inventario, o repudie la herencia de su difunto padre. La notificación se efectuó personalmente el 29 de julio de 2020. Una vez transcurrido el plazo indicado sin que la heredera formulase declaración alguna, la Notario hizo constar en el

acta, por diligencia de 1 de septiembre de 2020, que se entendía aceptada la herencia pura y simplemente por parte de la heredera requerida (...)

3. Por escritura otorgada en Badajoz, el 28 de septiembre de 2020, ante la señora del Castillo Vico, número 709 de su Protocolo, doña L. M. C. y sus hijas doña A. I. y doña M. P. P. M. inician el procedimiento para nombrar un contador-partidor dativo que lleve a cabo las operaciones particionales de la herencia. El nombramiento recae en la persona del Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Badajoz, don A. G. G. (...).

El contador-partidor dativo redacta el cuaderno particional, que es protocolizado, el 21 de enero de 2021, ante la misma Notario, doña María José del Castillo Vico, número 61 de orden.

En este instrumento público, cuya copia se incorpora a este escrito como documento cinco, intervienen el propio contador-partidor dativo, las hijas doña A. I. y doña M. P. P. M. y, representada por ésta, la viuda doña L. M. C. En la escritura se reseñan todas las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor dativo:

- La confección del inventario, que comprende la vivienda y dos cuentas bancarias de escaso importe (activo) y la hipoteca que continúa gravando el inmueble (pasivo).
- El avalúo de los bienes relictos; se procede a valorar el inmueble, utilizando para ello los servicios de un Arquitecto Técnico, en cuyo informe se tasa la vivienda en 64.875,95 euros; se incluyen los saldos de las cuentas bancarias, por un, importe conjunto de 858,43 euros; y se consigna el importe pendiente de amortizar del reseñado préstamo hipotecario, que asciende a la fecha de formalización de la escritura a la suma de 21.008,92 euros.
- La liquidación de la sociedad de gananciales, resultando un líquido ganancial de 44.725,46 euros, y de la herencia, ésta con un valor neto de 22.362,73 euros.
- La fijación de los haberes hereditarios que corresponden a cada una de las interesadas en la sucesión, conforme a lo ordenado por el causante en su testamento.
- Y la partición del caudal hereditario. El contador-partidor dativo adjudica las cuentas bancarias a las tres hijas, confiere a la viuda el pleno dominio de la vivienda, al amparo de lo establecido en el artículo 1062 del Código Civil, con la carga de la hipoteca, esto es, por su valor neto, con la finalidad de evitar el proindiviso sobre el inmueble, dado su carácter de indivisible, y determina la forma y el plazo en que ha de abonarse a las hijas su igual haber respectivo.

4. La escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad número Tres de Badajoz el 29 de enero de 2021.

La calificación negativa se entrega el 12 de marzo de 2021 al presentante del documento, quien estampa su firma en el Libro Diario.

Los defectos aducidos en su nota por el Registrador de la Propiedad son, de forma sucinta, los siguientes:

- El contador-partidor carece de facultades para realizar, sin consentimiento de todos los herederos, la transformación del usufructo del cónyuge viudo en una atribución en pleno dominio de un porcentaje del inmueble.
- Excede de las facultades del contador-partidor el adjudicar el inmueble al cónyuge viudo, a calidad de compensar a los herederos, que también son legitimarios, con un derecho de crédito, lo que atenta contra el principio de intangibilidad de la legítima.
- Implica un acto dispositivo la adjudicación al cónyuge viudo de parte del inmueble en pago de una deuda ganancial; acto dispositivo también vedado al contador-partidor.
- Y no consta la aprobación notarial prevista en el artículo 1057 del Código Civil, sin que la elevación a público por sí misma pueda implicar que ésta se ha realizado.

Adviértase que la calificación sufre un error en la expresión de las fechas de la escritura que se califica y la del nombramiento del contador-partidor dativo y en el nombre de la hija heredera no compareciente (doña L. M. C. es la madre y viuda, que se hallaba debidamente representada).

Finalmente, hasta la fecha de la interposición de este recurso, no consta que la calificación registral haya sido remitida a la Notario autorizante de la escritura.

A los hechos anteriores les son de aplicación los siguientes

Fundamentos de Derecho:

Primero. Competencia.

Es competente para resolver este recurso la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en virtud de lo establecido en el artículo 324 de la Ley Hipotecaria.

Segundo. Legitimación.

Está legitimada para interponer este recurso doña L. M. C. como persona a cuyo favor ha de practicarse la inscripción, según lo dispuesto en el artículo 325 de la Ley Hipotecaria.

Tercero. Defecto primero de la nota de calificación.

El Registrador de la Propiedad considera que “en cuanto a la transformación del usufructo del cónyuge viudo en una atribución en pleno dominio de un porcentaje del inmueble, carece el contador partidor de facultades para realizarla sin el consentimiento de todos los herederos”.

Al respecto, debe citarse la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 17 de enero de 2020, que contempla una partición de herencia en la que se adjudica a la viuda el pleno dominio del único inmueble integrante del caudal relicto conforme al artículo 1062 del Código civil, abonando a los hijos del primer matrimonio de su fallecido esposo, entre ellos una menor de edad representada por un defensor judicial, sus cuotas hereditarias en metálico. En su testamento, el causante legaba a su esposa, a su libre elección, el usufructo universal de la herencia o el tercio de libre disposición, además de su cuota legal usufructuaria; legaba a su hija menor de edad, hasta que alcanzase la mayoría de edad y una vez extinguido el usufructo de la viuda, el usufructo de una vivienda en Madrid, privativa del testador; e instituía herederos, por partes iguales, a sus tres hijos.

El Centro Directivo entiende que la adjudicación a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás el exceso de valor de lo adjudicado en relación con el de su cuota hereditaria no implica enajenación; y que la regla legal de la posible igualdad no exige igualdad matemática o absoluta. En definitiva, la adjudicación a la viuda no queda en absoluto fuera de lo particional; y si el contador-partidor, al formalizar el cuaderno particional, no se aparta de lo previsto en el testamento, no cabe hablar de acto dispositivo ni de extralimitación en la partición, ni siquiera en los casos de pago en metálico de conformidad con el artículo 1062 del Código Civil.

En el supuesto de la Resolución, se considera razonable la solución adoptada por el contador-partidor que evita el condominio sobre la vivienda entre la viuda y los hijos del primer matrimonio del causante.

Esta Resolución, relativa a la conmutación del usufructo viudal por la adjudicación en pleno dominio incluso existiendo una menor, da respuesta al primer defecto señalado en la calificación. La conmutación del usufructo del cónyuge viudo en una atribución en pleno dominio del inmueble es un acto particional; no se trata de un acto dispositivo ni existe extralimitación por parte del contador-partidor, ni siquiera en los casos de pago en metálico de conformidad con el artículo 1062 del Código Civil.

Cuarto. Defecto segundo de la nota de calificación.

El Registrador de la Propiedad alega: “en cuanto a la adjudicación al cónyuge viudo, a calidad de compensar a los herederos, que también son legitimarios, con un derecho

de crédito, excede de las facultades del contador-partidor dativo, además de atentar contra el principio básico de intangibilidad de la legítima”.

La figura del contador-partidor dativo fue introducida por el legislador de 1981 para paliar los inconvenientes que ocasiona el principio de unanimidad en la partición hereditaria y se ha visto reforzada por la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. El legislador pretende conferir a esta institución todas las facultades que se precisen para el desempeño de su función principal, que no es otra que “la simple facultad de hacer la partición” (artículo 1057.1 Cc); o si se prefiere, las de contar y partir.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), en Resolución de 28 de febrero de 2018, “exige el respeto de lo por él actuado, siempre que no implique contradicción evidente con la voluntad del testador y con los límites de la propia institución”.

Las operaciones particionales que debe llevar a cabo el contador-partidor dativo son la formación de inventario, con determinación del activo y del pasivo; la valoración de los bienes relictos inventariados; la liquidación, con deducción del pasivo para concretar el remanente líquido; la fijación de los haberes que corresponden a los interesados en la sucesión; y la formación de lotes o hijuelas.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), ya en Resoluciones de 22 de enero de 1898, 16 de noviembre de 1922 y 9 de marzo de 1927, señaló que el contador-partidor puede fijar la legítima que corresponde a los herederos forzosos, porque, como dice esta última Resolución, “si el contador-partidor tuviese que pactar con los interesados en la partición, se acabaría el carácter unilateral de este tipo de particiones”.

En la composición de los lotes, el contador-partidor dativo debe seguir la regla prevista en el artículo 1061 Cc; esto es, ha de guardar la posible igualdad. Pero esta regla general de la proporcionalidad cuantitativa y cualitativa de los lotes no supone una igualdad matemática absoluta, porque el precepto tiene un alcance relativo y no absoluto. La igualdad cualitativa de los lotes ha de guardarse «si es posible», como dijo el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de junio de 1980.

En otra Sentencia de 25 de noviembre de 2004, citando numerosa jurisprudencia, el Alto Tribunal declara de nuevo que se ha de respetar la posible igualdad en la composición de los lotes; que no se trata de una igualdad matemática y absoluta; que la norma tiene un carácter orientativo u orientador, de índole más facultativa que imperativa; y que se condiciona la posibilidad de igualdad por las circunstancias de cada caso.

Asimismo destaca la Sentencia de 23 de junio de 1998, según la cual “el artículo 1061 no es de inexorable aplicación; es sólo una recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla según la naturaleza de los bienes de la herencia”.—Y reitera esta doctrina en Sentencia de 16 de enero de 2008, a propósito de una partición efectuada por un contador-partidor nombrado judicialmente.

La anterior regla general cuenta con una excepción en el artículo 1062 Cc, que establece la posibilidad de adjudicar a uno solo de los herederos alguna cosa indivisible o que desmerezca mucho por su división, fijando las cantidades en metálico que el adjudicatario deba satisfacer a los restantes herederos por el exceso, incluso aunque en el caudal relicto exista una sola finca. En este sentido se pronuncia la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 10 de enero de 1903, 23 de julio de 1925, 6 de abril de 1962, 2 de diciembre de 1964, 13 de mayo, 21 de junio y 20 de septiembre de 2003.

Así, la Resolución DGRN de 2 de diciembre de 1964 admite que el contador partidor pueda hacer uso de la facultad prevista en el artículo 1062 del Código Civil; en el supuesto concreto existía en el caudal una pequeña finca, que el contador-partidor adjudica al mayor partícipe, siguiendo el criterio de las citadas Resoluciones de 1903, 1925 y 1962. El Centro Directivo concluye que el Comisario no se ha excedido en sus funciones, “por ser acto de partición ordinaria el comprendido en el artículo 1062 del Código Civil”.

La DGRN, en Resolución de 16 de septiembre de 2008, relativa a la partición de las herencias de dos causantes, cónyuges fallecidos con nueve hijos y un solo bien inmueble inventariado, estudia el defecto alegado por el Registrador de La Carolina, idéntico al segundo defecto planteado en la calificación objeto de este recurso; el Registrador suspende la inscripción, pues entiende que la adjudicación que el contador-partidor realiza del único bien a favor de uno de los herederos, que acepta la adjudicación, es un acto que excede de lo meramente particional, que no puede hacer por sí solo el contador por el posible perjuicio que puede generar en la legítima de los herederos forzosos.

Pues bien, el Centro Directivo, en el segundo Fundamento de Derecho de esta Resolución, fija la siguiente doctrina: “la adjudicación hecha a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás por razón del exceso de valor de lo adjudicado en relación con el de su cuota hereditaria no implica enajenación (cfr. Resoluciones de 22 de febrero de 1943, 6 de abril de 1962, 2 de enero de 2004 y 14 de abril de 2005, entre otras); y que esa regla legal de la posible igualdad –que, según la doctrina jurisprudencial, no exige igual matemática o absoluta; cfr., por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2004– es respetada cuando, por ser de carácter indivisible, el único inmueble relicto es adjudicado por el contador-partidor a uno de los herederos, abonando el exceso a los demás en dinero, sin perjuicio de la posible impugnación por los interesados, de modo que ha de pasarse entretanto por dicha partición mientras no sea palmariamente contraria a las legítimas o a lo dispuesto por el testador (cfr. Resoluciones de 21 de junio y 20 de septiembre de 2003)”.

En idéntico sentido, la DGRN, en Resolución 28 de febrero de 2018, dice que “la regla del artículo 1061 del Código, que impone la igualdad en la integración de los lotes de los herederos, referida principalmente a la partición hecha por el contador-partidor, ha de tener como una de sus excepciones el supuesto que contempla el artículo siguiente, el 1062, para el caso de cosas indivisibles, y esta excepción entendida como simple acto particional, encajable por tanto dentro de las facultades de los contadores partidores, ha sido interpretada con gran amplitud por la doctrina de este Centro Directivo –vid. Resoluciones de 10 de enero de 1903, 23 de julio de 1925, 6 de abril de 1962, 2 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 2003 y 16 de septiembre de 2008– al punto de considerar que es la solución más lógica cuando en la herencia existe tan solo un bien jurídico o económicamente indivisible”. Y concluye que “la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es siempre totalmente nítida y la regla general de la proporcionalidad cuantitativa y cualitativa de los lotes que establece el artículo 1061 del Código Civil no implica una igualdad matemática absoluta, sin perjuicio de la posible impugnación por los interesados, de modo que ha de pasarse entretanto por dicha partición mientras no sea claramente contraria a lo dispuesto por el testador”.

Además de la mencionada Sentencia de 25 de noviembre de 2004, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de julio de 2020, a propósito de una liquidación judicial de sociedad de gananciales, con intervención de un contador-partidor designado por el Juez, en la que se adjudicaba a la esposa el único inmueble ganancial y al esposo las participaciones sociales, también gananciales, de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, de la que era socio con su hermano, imponiendo al esposo adjudicatario una compensación dineraria a favor de la esposa, confirma la liquidación efectuada por el contador-partidor como la más adecuada y preferible a otras alternativas y establece que el artículo 1062 del Código Civil no exige que el metálico con el que se deba compensar al partícipe no adjudicatario del bien tenga que existir en el haber partible, lo que resulta lógico dada la naturaleza fungible del dinero.

Adviértase que en la partición que ha sido objeto de calificación, figura en el inventario un único bien inmueble indivisible y dos cuentas bancarias con un saldo insuficiente para lograr la aplicación de la regla del artículo 1061. Por este motivo, el contador-partidor dativo procede a la adjudicación a la viuda del inmueble indivisible, a calidad de abonar a los otros interesados el exceso en dinero, como excepción prevista en el artículo 1062 del Código Civil; adjudicación ésta que, según la doctrina emanada

de las Resoluciones mencionadas, debe ser entendida como un simple acto particional y, por tanto, incluida entre las facultades del contador-partidor.

Quinto. Defecto tercero de la nota de calificación.

El Registrador de la Propiedad entiende: “en cuanto a la adjudicación al cónyuge viudo de parte del inmueble en pago de una deuda ganancial, implica un acto dispositivo, también vedado al contador-partidor, como la realización, en general, de actos dispositivos que exceden de las meras facultades de contar y partir”.

La Resolución mencionada por el Registrador, de fecha 22 de julio de 2016, en la que se apoya para mantener el defecto, se refiere a un caso de adjudicación a la viuda en pago de una deuda de la sociedad conyugal, previa rectificación registral del carácter de un bien inmueble, que, a nuestro juicio, no se asemeja a la partición efectuada con arreglo al artículo 1062 Cc en la escritura objeto de calificación. En el supuesto que nos ocupa, el pasivo está integrado por el capital pendiente de amortizar de la hipoteca que grava la vivienda; hipoteca suscrita por el fallecido y su esposa a favor de una Entidad prestamista, tal y como se menciona en el cuaderno particional. Por el contrario, en esta Resolución de 2016, se trataba de una partición en la que el contador-partidor y la viuda, únicos intervinientes en la escritura, pretendían rectificar, sin contar con los demás interesados en la sucesión, la naturaleza de un bien inmueble, que aparecía en el Registro de la Propiedad con carácter presuntivamente ganancial, para considerarlo como un bien privativo de la viuda y destruir, por tanto, la presunción de ganancialidad.

Pues bien, en esta misma Resolución citada por el Registrador, la DGRN señala, como doctrina consolidada, que la adjudicación a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás por razón del exceso de valor en relación con el de su cuota hereditaria no implica enajenación; y entiende admisible tal operación por el contador-partidor cuando se trate de un bien inmueble indivisible, citando las Resoluciones de 29 de enero de 2013 y 27 de mayo de 2014.

Esta obligación de guardar la igualdad en la partición debe supeditarse a su posibilidad, porque, de exigirse en términos absolutos, podría resultar imposible la partición o forzar a la búsqueda de resultados no razonables y contrarios incluso a la voluntad del testador. Esta obligatoriedad debería entenderse como prohibición de una actuación arbitraria por el contador-partidor, quien debe observarla en la medida de lo posible.

La Resolución DGRN de 3 de julio de 2019 contempla un supuesto en que el contador-partidor y la viuda liquidan parcialmente la sociedad de gananciales respecto de un único bien –una plaza de garaje–, que se adjudica íntegramente a la viuda, dejando para más adelante la compensación a la masa hereditaria con otros bienes de la herencia. El Centro Directivo entiende que estamos ante un acto particional y, por ello, revoca la calificación.

Según su doctrina, “el contador-partidor está vinculado por la regla de homogeneidad o igualdad cualitativa impuesta por el artículo 1061 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 1061 del Código Civil es una igualdad relativa y no absoluta”.

En el caso estudiado por esta Resolución, existía un saldo en metálico en el activo, de 5.403 euros, y en el pasivo de gastos, 3.993 euros, por lo que la cuestión radica en si la diferencia cubre la cantidad con la que se ha de compensar a la masa de la herencia; la DGRN concluye que esta valoración corresponde únicamente al contador-partidor y a la viuda y, como quiera que éstos intervienen en la liquidación, el Centro Directivo declara la validez de la actuación por éstos realizada.

En la escritura cuya calificación se recurre, no existe una adjudicación en pago de deuda, como dice el Registrador en el punto 3 de la calificación, sino una aplicación concreta de la excepción a la regla general de la posible igualdad de lotes del artículo 1061 Cc; excepción recogida en el artículo 1062 del Código Civil y aplicable al caso concreto.

Se insiste en que esta posibilidad está expresamente admitida por la doctrina y por la jurisprudencia, entre las que destaca la mencionada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 1964, que consideró evidente que el contador-partidor, al cumplir su misión, debe tener en cuenta las circunstancias y modalidades de la partición en cada caso concreto, ya que hay supuestos en los que no tiene medio hábil para hacer los lotes ajustados al criterio del artículo 1061 Código Civil por la imposibilidad material de distribuir los pocos bienes que componen la herencia entre los herederos y, por ello, el artículo 1062, como excepción al artículo anterior, permite que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, pueda ser adjudicada a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero; circunstancia ésta que concurre en el presente caso.

No estamos en presencia de una adjudicación en pago de una deuda ganancial, puesto que la viuda se adjudica el inmueble, dado su carácter de indivisible y conforme al artículo 1062 del Código Civil, por el valor que resulta de las liquidaciones de la sociedad de gananciales y de la herencia efectuadas por el contador-partidor dativo. Se trata de un acto particional, realizado por el contador-partidor dativo con la finalidad de lograr la completa partición y adjudicación del caudal hereditario.

Sexto. Defecto cuarto de la nota de calificación.

El Registrador de la Propiedad señala que “no consta la aprobación requerida por este precepto (artículo 1057 del Código Civil), sin que la elevación a público, por sí misma, pueda implicar que ésta se ha realizado”.

La Notario autorizante ha procedido a aprobar la partición por diligencia a continuación del título objeto de este recurso, con lo que se da respuesta al cuarto defecto alegado en la calificación.

Séptimo. El contador-partidor dativo: institución creada por el legislador para resolver conflictos en las particiones de herencia.

Cuando los herederos que representan, al menos, el cincuenta por ciento del haber hereditario recurren al procedimiento notarial de nombramiento del contador-partidor dativo, es evidente que existe un conflicto entre los interesados en la sucesión que impide formalizar de mutuo acuerdo la partición.

Esta institución del contador-partidor dativo es imprescindible para desbloquear estas situaciones de conflicto, siendo su función esencial la de llevar a cabo la partición de la herencia y, con ella, evitar no sólo la interposición del juicio de división de herencia, sino también, en la medida de lo posible, el proindiviso entre los herederos, puesto que si se limita a adjudicar el único bien inmueble relicto, como es el caso, en proindiviso entre los interesados en la herencia, éstos se verían abocados a acudir a un procedimiento judicial de división de la cosa común. La Ley de Jurisdicción Voluntaria pone a disposición de los herederos inmersos en una partición de herencia conflictiva este procedimiento notarial, conducente a solucionar un problema que, en muchas ocasiones, parece irresoluble y ocasiona un alto grado de angustia a los afectados por tan incómoda situación.

Con este procedimiento se confiere una mayor protección a los llamados a una herencia que se sienten perjudicados ante la actitud inmovilista o de total confrontación de otro de los interesados; con este expediente los herederos pueden pasar de la situación de herencia yacente a la de comunidad hereditaria y disolver esta última mediante la partición y adjudicación de bienes concretos a los interesados en la sucesión.

A mayor abundamiento, invocando el simple sentido común, resultaría incongruente que, habiéndose creado por el legislador la figura del contador-partidor dativo con la finalidad de evitar la intervención judicial y resolver fácilmente las discrepancias que pudieran surgir entre los interesados, dicho contador-partidor tuviera que adjudicar un único bien inmueble indivisible a todos los herederos en proindiviso, es decir, que no pudiera utilizar el artículo 1062 del Código Civil, para que ellos se vieran luego en la necesidad de acudir al Juzgado y entablar la oportuna acción de división de la cosa común.

La Resolución DGSJFP de 28 de septiembre de 2020, con respecto a la institución del contador-partidor, llega a las siguientes conclusiones:

1.^a La partición realizada por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones, las cuales no se alteran por la comparecencia de alguno de los herederos.

2.^a La restrictiva expresada en el artículo 1057 del Código Civil se interpreta con flexibilidad, de suerte que se incluyan entre las facultades del contador-partidor aquellas que hayan de ser presupuesto para el desempeño de esa función de contar y partir. En este sentido, debe entenderse que puede proceder a liquidar junto con el cónyuge viudo la disuelta sociedad de gananciales, a inventariar y valorar los bienes relictos y fijar, cuantificándolos, los derechos de los interesados sobre la masa relictiva, con sujeción al testamento y a la ley.

3.^a Ya desde la Resolución de 24 de marzo de 2001, la partición realizada por el contador-partidor en el ámbito de su marco competencial configurado por la simple facultad de hacer la partición –en la que cabe incluir las operaciones de inventario del activo y del pasivo, con la correspondiente calificación de la naturaleza privativa o consorcial de sus elementos, avalúo, formación de lotes o hijuelas y su entrega y adjudicación a los interesados– es válida y produce todos los efectos que le son propios mientras no se impugne judicialmente, de forma que sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad del proceder del contador-partidor con lo querido por el testador, debiendo estarse mientras tanto a la partición formalizada.

4.^a Las particiones realizadas por el contador-partidor, al reputarse como si fueren hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles, sin necesidad de la aprobación de los herederos o legatarios, por lo que, en principio, causan un estado de Derecho que surte todos sus efectos mientras no sean impugnadas.

Y concluye que “no puede mantenerse el defecto de falta de consentimiento de los herederos legitimarios, cuando la partición ha sido otorgada por el contador-partidor”.

Se reitera que, según doctrina consolidada del Centro Directivo (entre otras, Resoluciones de 27 de diciembre de 1982, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio de 2003, 13 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007, 16 de septiembre de 2008 y 10 de enero y 18 de mayo de 2012, 30 de septiembre de 2013 y 27 de mayo de 2014), la partición de herencia hecha por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque éstos sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones; funciones éstas que se concretan en la “simple facultad de hacer la partición”.

Recuérdese que esta doctrina aparece también reflejada en la Resolución de 22 de julio de 2016, alegada por el Registrador de la Propiedad para fundamentar su defecto tercero.

En el supuesto que nos ocupa, el contador-partidor dativo ha llevado a cabo las operaciones particionales con gran diligencia y profesionalidad. Así:

a) Ha procedido a formalizar el inventario de la herencia, con determinación del activo y del pasivo.

El activo consistía en una única vivienda, la habitual del causante y de su viuda, y en dos cuentas corrientes con un saldo escaso. Para su acreditación, aporta el escrito que fue presentado en los Servicios Fiscales de la Junta de Extremadura en Badajoz para la liquidación del Impuesto sobre Sucesiones y donaciones; escrito que figura incorporado al cuaderno particional.

Y el pasivo era el capital pendiente de amortizar de un préstamo concedido por Banco Primus, S.A., en garantía de cuya devolución se constituyó hipoteca sobre la vivienda; en el cuaderno particional se expresa el importe pendiente de pago, según información facilitada por la Entidad prestamista.

b) Ha valorado los bienes objeto del inventario; en tal sentido, se recurrió a los servicios profesionales de un perito tasador, cuyo informe también figura aportado en el cuaderno particional.

c) Ha liquidado la sociedad de gananciales con la viuda, debidamente representada, y ha fijado el importe del líquido ganancial; esto es, el valor neto, una vez deducido del activo el importe del pasivo.

d) Ha establecido, con claridad y precisión, el haber que corresponde a cada una de las interesadas en la sucesión, en función de lo ordenado por el causante en su testamento.

e) Y, alegando el carácter indivisible del inmueble y de conformidad con el artículo 1062 del Código Civil, ha procedido a efectuar la adjudicación del inmueble con su carga a la viuda, en pleno dominio, todo ello con la intención de concluir la partición y evitar el proindiviso, objetivo final de toda partición, obligándose la adjudicataria a abonar a sus tres hijas el importe correspondiente a sus haberes respectivos en la forma que se indica en el cuaderno particional.

Debe recordarse que el artículo 1406.4.º Cc, en sede de liquidación de la sociedad de gananciales, establece que el cónyuge tendrá derecho a que se incluya, con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance, en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

La actuación del contador-partidor dativo ha sido estricta, rigurosa e impecable y ha quedado refrendada por la intervención de tres de las cuatro interesadas en la sucesión y por la aprobación que, en diligencia aparte, ha llevado a cabo la Notario autorizante del título presentado. Por último, la DGSJFP, en Resolución de 19 de febrero de 2021, señala que la reforma del artículo 1057 del Código Civil por la Ley de Jurisdicción Voluntaria atribuye al Notario dos funciones antes atribuidas al Juez: el nombramiento del contador-partidor dativo y la aprobación de la partición, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. Y puntualiza la necesidad de diferenciar conceptualmente tres fases: el proceso de nombramiento del contador-partidor dativo, las operaciones particionales que debe realizar este contador-partidor dativo y la aprobación por el Notario de la partición practicada.

Las fases que conlleva este procedimiento aparecen reflejadas en los documentos que figuran en los Hechos y que han sido objeto de calificación; y de ellos resultan los datos y elementos suficientes para concluir que el cuaderno particional protocolizado, referente a la herencia de don V. P. S. y a la adjudicación a su viuda de la vivienda habitual del matrimonio, debe ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad».

IV

El registrador de la Propiedad informó mediante escrito de fecha 28 de abril de 2021 y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe indicaba que dio traslado del recurso interpuesto a la notaria autorizante del título calificado, sin que ésta formulara alegaciones; y añadía, respecto del último defecto de la nota, que la aprobación exigida por el artículo 1057 del Código Civil «(...) se presenta ahora en sede de recurso gubernativo, de fecha posterior de la calificación recurrida, sin que por tanto, pueda ser tenida en cuenta a la hora de pronunciarse el recurso interpuesto, según reitera la Dirección General (...)».

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 839, 841, 843, 882, 1057, 1061, 1062, 1160 y 1259 del Código Civil; 14, 18, 33, 34, 38 y 326 de la Ley Hipotecaria; 17, 17 bis, 24, 50 y 66 de la Ley del

Notariado; 22.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 80 y 81 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 22 de octubre de 2012 y de, Sala Tercera, 22 de mayo y 24 de octubre de 2000; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de mayo y 18 de diciembre de 2002, 11 de marzo, 13 de mayo y 20 de septiembre de 2003, 20 de abril de 2005, 8 de junio y 10 de noviembre de 2011, 18 de mayo y 12 de junio de 2012, 29 de enero de 2013, 27 de mayo de 2014, 12 y 16 de noviembre de 2015, 18 y 22 de julio y 30 de noviembre de 2016, 4 de octubre y 20 de diciembre de 2017, 2 de octubre de 2019 y 15 y 17 de enero de 2020; las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de febrero de 2021, y, respecto de la cuestión formal expresada en el primer fundamento de Derecho, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero y 13 de octubre de 2015 y 14 de julio de 2017, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de febrero y 9 de octubre de 2020 y 15 de enero, 19 y 23 de febrero, 18 de marzo y 9 de junio de 2021.

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

a) Mediante la escritura calificada, otorgada por dos de las tres hijas y herederas del causante (una de las comparecientes representando también a la viuda) y el contador-partidor dativo, se protocolizó el cuaderno particional de la herencia de aquél, quien en su testamento legó a su esposa el usufructo universal y vitalicio de su herencia (con «cautela Socini»), e instituyó herederas a sus tres hijas (las dos otorgantes de la escritura y la tercera, posteriormente interpelada «in iure»), adjudicándose a la viuda la finca registral 52.333 del Registro de la Propiedad de Badajoz número 3.

Dicho cuaderno particional, además del inventario de bienes (la vivienda y dos cuentas bancarias), comprendía también: como operación previa, la liquidación de la sociedad de gananciales; la fijación de los haberes hereditarios que correspondían a cada una de las interesadas en la sucesión, conforme a lo ordenado por el causante en su testamento; y la partición del caudal hereditario.

El contador-partidor dativo adjudicó las cuentas bancarias a las tres hijas y a la viuda el pleno dominio de la vivienda, al amparo de lo establecido en el artículo 1062 del Código Civil y con la carga de la hipoteca, esto es, por su valor neto dado su carácter indivisible; y determinó la forma y el plazo en que habría de abonarse a las tres hijas y herederas su igual haber respectivo.

A la escritura presentada a inscripción se acompañaron la escritura de nombramiento de contador-partidor dativo y el acta de requerimiento a una de las herederas («interrogatio in iure») conforme al artículo 1005 del Código Civil, heredera que no compareció al otorgamiento de la escritura de protocolización de cuaderno particional.

En el expediente del recurso obra un «testimonio de particulares» expedido por la notaria autorizante de la citada escritura de protocolización, en el que hace constar que después de expedida la copia autorizada de dicha escritura, se adicionó a ésta una diligencia, fechada el 22 de marzo de 2021, que expresa: «(...) una vez practicada la partición por el contador-partidor, y concurriendo más del cincuenta por ciento del haber hereditario en la escritura referida, apruebo dicha partición en base a los artículos 1057 y 1062 del Código Civil (...)» (sigue cita de determinadas Sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de este Centro Directivo).

b) La calificación impugnada resume las operaciones contenidas en la escritura presentada a inscripción, esto es: adjudicación en pago de gananciales; conmutación del legado de usufructo al cónyuge viudo por la entrega de porcentaje del dominio del único bien inventariado; adjudicación al cónyuge viudo de una participación del bien inventariado, con la obligación de compensar a los herederos legitimarios en un plazo que se señala; y adjudicación al mismo supérstite de una participación del bien inventariado en pago de una deuda ganancial, que, por otra parte, no es objeto de adjudicación.

Se pone de relieve en dicha calificación la ausencia de consentimiento de la heredera legitimaria no compareciente; y se expresan cuatro defectos:

1.º En cuanto a la transformación del usufructo del cónyuge viudo en una atribución en pleno dominio de un porcentaje del inmueble, carece el contador-partidor de facultades para realizarla sin el consentimiento de todos los herederos, citando en su apoyo la Resolución de este Centro Directivo de 17 de mayo de 2002.

2.º En cuanto a la adjudicación al cónyuge viudo, a calidad de compensar a los herederos, que también son legitimarios, con un derecho de crédito, excede de las facultades del contador-partidor, además de atentar contra el principio básico de intangibilidad de la legítima, citando en su apoyo la Resolución de 13 de mayo de 2003.

3.º En cuanto a la adjudicación al cónyuge viudo de parte del inmueble en pago de una deuda ganancial, implica un acto dispositivo, también vedado al contador-partidor, como la realización, en general, de actos dispositivos que exceden de las meras facultades de contar y partir, citando en su apoyo la Resolución de 22 de julio de 2016.

4.º Y no consta la aprobación requerida en el artículo 1057 del Código Civil, sin que la elevación a público por sí misma, pueda implicar que aquella se ha realizado.

c) La recurrente alega lo siguiente:

1.º En cuanto al defecto primero de la nota de calificación, cita en contra la Resolución de esta Dirección General de 17 de enero de 2020, que contempla una partición de herencia en la que se adjudica a la viuda el pleno dominio del único inmueble integrante del caudal relicto conforme al artículo 1062 del Código Civil, abonando a los hijos del primer matrimonio de su fallecido esposo, entre ellos una menor de edad representada por un defensor judicial, sus cuotas hereditarias en metálico.

2.º En cuanto al defecto segundo, alega que la figura del contador-partidor dativo fue introducida por el legislador de 1981 para paliar los inconvenientes que ocasiona el principio de unanimidad en la partición hereditaria y se ha visto reforzada por la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. El legislador pretende conferir a esta institución todas las facultades que se precisen para el desempeño de su función principal, que no es otra que «la simple facultad de hacer la partición» (artículo 1057.1 del Código Civil); o si se prefiere, las de contar y partir. Añade que esta Dirección General, en Resolución de 28 de febrero de 2018, «exige el respeto de lo por él actuado, siempre que no implique contradicción evidente con la voluntad del testador y con los límites de la propia institución». Las operaciones particionales que debe llevar a cabo el contador-partidor dativo son la formación de inventario, con determinación del activo y del pasivo; la valoración de los bienes relictos inventariados; la liquidación, con deducción del pasivo para concretar el remanente líquido; la fijación de los haberes que corresponden a los interesados en la sucesión; y la formación de lotes o hijuelas.

3.º En cuanto al defecto tercero, que la Resolución mencionada por el registrador, de 22 de julio de 2016, en la que se apoya para mantener el defecto, se refiere a un caso de adjudicación a la viuda en pago de una deuda de la sociedad conyugal, previa rectificación registral del carácter de un bien inmueble, que no se asemeja a la partición efectuada con arreglo al artículo 1062 del Código Civil en la escritura objeto de calificación. En el presente supuesto, el pasivo está integrado por el capital pendiente de amortizar del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la vivienda; hipoteca constituida por el fallecido y su esposa a favor de una entidad prestamista, tal y como se menciona en el cuaderno particional. Por el contrario, en esta Resolución de 2016 se trataba de una partición en la que el contador-partidor y la viuda, únicos intervinientes en la escritura, pretendían rectificar, sin contar con los demás interesados en la sucesión, la naturaleza de un bien inmueble, que aparecía en el Registro de la Propiedad con carácter presuntivamente ganancial, para considerarlo como un bien privativo de la viuda y destruir, por tanto, la presunción de ganancialidad. Y en esta misma Resolución citada por el registrador, esta Dirección General señala, como doctrina consolidada, que la adjudicación

a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás por razón del exceso de valor en relación con el de su cuota hereditaria no implica enajenación; y entiende admisible tal operación por el contador-partidor cuando se trate de un bien inmueble indivisible, citando las Resoluciones de 29 de enero de 2013 y 27 de mayo de 2014. Esta obligación de guardar la igualdad en la partición debe supeditarse a su posibilidad, porque, de exigirse en términos absolutos, podría resultar imposible la partición o forzar a la búsqueda de resultados no razonables y contrarios incluso a la voluntad del testador, y debería entenderse como prohibición de una actuación arbitraria por el contador-partidor, quien debe observarla en la medida de lo posible.

4.º En cuanto al defecto cuarto, alega que la notaria autorizante ha procedido a aprobar la partición por diligencia a continuación del título objeto de este recurso.

5.º Por último, alega también que la institución del contador-partidor dativo es imprescindible para desbloquear estas situaciones de conflicto, siendo su función esencial la de llevar a cabo la partición de la herencia y, con ella, evitar no sólo la interposición del juicio de división de herencia, sino también, en la medida de lo posible, el proindiviso entre los herederos, puesto que si se limita a adjudicar el único bien inmueble relicto, como es el caso, pro indiviso entre los interesados en la herencia, éstos se verían abocados a acudir a un procedimiento judicial de división de la cosa común. Con el procedimiento que habilita la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, se confiere una mayor protección a los llamados a una herencia que se sienten perjudicados ante la actitud inmovilista o de total confrontación de otro de los interesados; pues los herederos pueden pasar de la situación de herencia yacente a la de comunidad hereditaria y disolver esta última mediante la partición y adjudicación de bienes concretos a los interesados en la sucesión. Y que, habiéndose creado por el legislador la figura del contador-partidor dativo con la finalidad de evitar la intervención judicial y resolver fácilmente las discrepancias que pudieran surgir entre los interesados, sería incongruente que dicho contador-partidor tuviera que adjudicar un único bien inmueble indivisible a todos los herederos pro indiviso.

2. Para decidir sobre las cuestiones planteadas en este expediente debe comenzarse por la última de las objeciones formuladas por el registrador, pues se trata de una cuestión formal de extrema importancia y aludida por el registrador en su informe, toda vez que en el recurso se afirma que se subsana tal defecto (falta de aprobación notarial de la partición), aportando junto al escrito de recurso una diligencia que extiende la notaria en la forma ya expuesta (diligencia, por cierto, de 22 de marzo de 2021, con posteridad a la extensión de la nota).

Y sobre esta cuestión, ha de recordarse que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria establece que el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, siendo reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, la Resolución de 14 de julio de 2017 o las más recientes de 19 de febrero y 9 de octubre de 2020 y 15 de enero de 2021), basada en el contenido del citado precepto legal y en la doctrina del Tribunal Supremo (vid. Sentencia –Sala Tercera– de 22 de mayo de 2000), que el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. Y el hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo legal, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente.

Por ello, debe rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, pues el recurso debe resolverse atendiendo únicamente a las cuestiones planteadas en la nota recurrida y a la documentación presentada al tiempo en que se produjo la calificación.

En consecuencia este recurso debe ceñirse estrictamente a la calificación recurrida, sin que pueda tenerse en cuenta la diligencia con que se pretende subsanar el cuarto defecto, pues el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador, sin perjuicio de que, una vez terminado el procedimiento, pudiera ser presentado de nuevo el título, con los documentos subsanatorios o complementarios correspondientes, y así obtener una calificación nueva sobre los mismos (vid., por todas, Resoluciones de 19 de enero y 13 de octubre de 2015 y 9 de junio de 2021).

3. Cuestión no menos importante es la relativa a la forma documental en los diversos trámites procedimentales de los expedientes notariales relativos al contador-partidor dativo.

El artículo 66 de la Ley del Notariado dispone que, tanto la designación de contador-partidor dativo como la aprobación de la partición que éste realice, se formalicen en escritura pública. Por ello, el notario deberá recoger en acta (instrumento público con objeto delimitado claramente por el artículo 17 Ley del Notariado) desde el requerimiento inicial a los distintos trámites que implica el expediente, dándose número al acta con la solicitud o requerimiento inicial de los interesados, y documentándose los sucesivos trámites por diligencias, y, tras la conclusión del expediente, será solo el resultado final del mismo (el nombramiento de contador-partidor o la aprobación de la partición) lo que se documentará en escritura pública, por imperativo legal; escritura que otorgará el notario por sí y ante sí con base en la previa tramitación documentada en el acta.

Consiguientemente, en casos como el del presente recurso, hay que diferenciar tres momentos, que constituyen tres expedientes perfectamente diferenciados: a) el expediente notarial para el nombramiento de contador-partidor dativo, que se documentará en escritura pública, instado por quienes tengan legitimación para ello, en el que se practicarán los trámites necesarios, entre ellos el de citación a los interesados, y que debe realizarse por notario competente conforme a las expresadas reglas; b) la protocolización notarial de la partición por el contador-partidor, pendiente de aprobación o confirmación expresa de los herederos y legatarios, sin que rijan necesariamente las normas de competencia del artículo 66 de la Ley del Notariado, que se entiende sujeta a la libre elección de los interesados, dado que la aprobación de la partición es cuestión distinta de la autorización de la escritura de partición, y c) la aprobación notarial de la partición realizada por el contador-partidor, que es un expediente distinto y específico, que dará lugar a otra escritura pública, y podrá ser realizada por el mismo notario que haya tramitado el expediente de designación de contador-partidor o por otro notario competente; pudiendo ser también distinto del que haya protocolizado la partición, lo que implica que se podrá protocolizar la partición por notario y quedando sujeta a la posterior aprobación o confirmación.

Como ya ha afirmado anteriormente este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 30 de noviembre de 2016 y 19 de febrero de 2021), deben diferenciarse conceptualmente lo que constituye propiamente el proceso de nombramiento del contador-partidor dativo; lo que constituyen propiamente las operaciones particionales que debe realizar este contador-partidor dativo; y, por último, la aprobación por el notario (o el letrado de la Administración de Justicia) de la partición así practicada. Cada una de estas fases diferenciadas deben realizarse con estricto cumplimiento de lo exigido por la normativa.

Así, por lo que se refiere al nombramiento del contador-partidor dativo es obligación del notario comprobar que la petición se realice por herederos o legatarios que representen, al menos, el 50% del haber hereditario; que se verifique la citación a los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, dispone expresamente el citado artículo 1057 del Código Civil; realizándose la designación de contador-partidor dativo en la forma prevista en la Ley del Notariado (para la hipótesis de que la solicitud se haga al notario), es decir, conforme al artículo 50 de esta ley.

La aprobación de la partición debe realizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley del Notariado, habiendo manifestado esta Dirección General (cfr. Resolución de 18 de julio de 2016) que esta aprobación notarial de la partición practicada por el contador-partidor supone un expediente específico de jurisdicción

voluntaria, tramitado por notario competente (sea o no el mismo notario que autorice la escritura de partición) de acuerdo con los criterios de competencia que establece el artículo 66.2 de la Ley del Notariado, siendo esta aprobación diferente a la autorización de la escritura de partición.

También ha afirmado este Centro Directivo que en la vigente Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, el artículo 22.2, párrafo segundo, i.f., delimita claramente el ámbito de la calificación registral respecto de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, al establecer que: «La calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Secretario judicial, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro».

En relación con la calificación registral de los actos de jurisdicción voluntaria autorizados notarialmente no hay precepto semejante, pero debe tomarse en consideración dicho artículo 22.2 de la Ley 15/2015 puesto que el notario ejerce en ellos la función de jurisdicción voluntaria –hasta entonces atribuida también a los jueces– en exclusiva, como órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales (vid., entre otros, los apartados IV, último párrafo, y VIII, párrafo cuarto, del Preámbulo de dicha ley), y armonizarse con los artículos 17 bis de la Ley del Notariado y 18 de la Ley Hipotecaria.

Conforme al artículo 17 bis, número 1, apartado a), de la Ley del Notariado, el notario dar fe de que «el otorgamiento se adecua a la legalidad», lo que implica según el apartado b) que «los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes». Y según el artículo 24 de la misma Ley, reformado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, «los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice[n] o intervenga[n] (...)».

En virtud de lo expuesto, la calificación registral del nombramiento de contador-partidor y de la aprobación de la partición por él practicada abarcará la competencia del notario, la congruencia del resultado de tales actos con el expediente, las formalidades extrínsecas y los obstáculos que surjan del Registro. En este sentido, debe recordarse que al Registro sólo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución susceptible de impugnación (cfr. artículos 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1259 del Código Civil). Sólo así puede garantizarse la seguridad jurídica preventiva que en nuestro sistema jurídico tiene su apoyo basilar en el instrumento público y en el Registro de la Propiedad. Y es que, como ya expresara el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de octubre de 2000, Sala Tercera, «a notarios y registradores les incumbe en el desempeño de sus funciones un juicio de legalidad, que, recae, respectivamente, sobre los negocios jurídicos que son objeto del instrumento público, o sobre los títulos inscribibles». Pero debe también tomarse en consideración que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria delimita el ámbito objetivo de la calificación al establecer que los registradores calificarán «(...) la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, (...) así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas (...)». Ciertamente, en el procedimiento registral no se ejerce una función de carácter judicial respecto de la cual el título presentado sea un mero medio de prueba sino que se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste (cfr., por todas, las Resoluciones de 20 de diciembre de 2017 y 15 de enero de 2020 –respecto de declaración notarial de herederos abintestato– y de 2 de octubre de 2019 –respecto de venta en subasta notarial–).

En atención a lo expuesto, el defecto cuarto expresado en la calificación registral ha de ser íntegramente confirmado; no solo porque al tiempo de emitirse la nota no constaba, en debida forma, la alegada aprobación notarial, que es subsidiaria de la confirmación expresa de todos los herederos y legatarios y que ha de intentarse previamente (algo que,

por cierto, en este caso no consta haber tenido lugar); sino porque esa teórica aprobación ha tenido lugar sin observarse lo prescrito por el citado artículo 66 de la Ley del Notariado, pues como ya se ha expuesto es un expediente distinto y específico que dará lugar a una escritura pública (no una simple diligencia adicional al instrumento que recoge la partición, como ha sucedido con la escritura calificada).

Los anteriores razonamientos bastarían para desestimar el presente recurso, si bien esta Dirección General considera conveniente analizar también los tres primeros defectos que expresa la nota de calificación.

En este análisis debe tenerse en cuenta que en la reforma del artículo 1057 del Código Civil se atribuyen dos cualificadas funciones al notario (y al letrado de la Administración de Justicia), antes atribuidas al juez, consistentes, por una parte, en el nombramiento del contador-partidor dativo, y, de otra parte, la aprobación de la partición, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios (en la forma que ha quedado ya expuesta); pero no hay que olvidar un extremo ciertamente relevante: las reglas que gobiernan la partición realizada por el contador-partidor dativo en principio deben ser iguales a las del contador-partidor testamentario, pues no ostenta mayores facultades.

4. Según el primero de los defectos, relativo a la transformación del usufructo del cónyuge viudo en una atribución en pleno dominio de un porcentaje del inmueble, carece el contador-partidor de facultades para realizarla sin el consentimiento de todos los herederos.

En este sentido, es criterio doctrinal unánime que la misión del contador-partidor consiste únicamente –valga la redundancia– en contar y partir, de modo que carece de facultades dispositivas, al ser las suyas simplemente particionales. Por ello ha de respetar la igualdad cualitativa en la formación de los lotes (cfr. artículo 1061 del Código Civil), evitando, en cuanto sea posible, los suplementos en metálico; aunque se ha entendido por autorizada doctrina que dicho precepto no impone una igualdad matemática absoluta, ni impone la participación de todos los herederos en cada bien de la herencia. En suma, que la regla de la igualdad es de carácter relativo y depende de las circunstancias del caso, y así, por ejemplo, este Centro Directivo en Resolución de 28 de febrero de 2018 declaró: «la regla del artículo 1061 del Código que impone la igualdad en la integración de los lotes de los herederos, referida principalmente a la partición hecha por contador-partidor, ha de tener como una de sus excepciones el supuesto que contempla el artículo siguiente, el 1062, para el caso de cosas indivisibles, y esta excepción entendida como simple acto particional, encajable por tanto dentro de las facultades de los contadores partidores, ha sido interpretada con gran amplitud por la doctrina de este Centro Directivo –vid. Resoluciones de 10 de enero de 1903, 23 de julio de 1925, 6 de abril de 1962, 2 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 2003 y 16 de septiembre de 2008– al punto de considerar que es la solución más lógica cuando en la herencia existe tan solo un bien jurídico o económicamente indivisible».

Ahora bien, lo que sí es comúnmente admitido es que el contador-partidor no tiene la facultad de realizar la conmutación del usufructo del viudo, pues ello excedería de la facultad de realizar la «simple partición» de la herencia a la que se refiere el artículo 1057 del Código Civil (en este sentido Resoluciones de este Centro Directivo de 17 de mayo y 18 de diciembre de 2002, y 8 de octubre de 2013, esta última referida al ámbito de facultades del cónyuge viudo titular de un poder testatorio pudiera adjudicarse bienes en pago de su usufructo). Postura también seguida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de junio de 2011, cuando declara que «se ha de considerar que la partición efectuada incurre en la nulidad denunciada por la parte actora, en primer lugar por infringir claramente lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, que determina las formas en que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en el usufructo, sin que lógicamente se puedan atribuir para ello bienes en propiedad sin el consentimiento expreso de todos los herederos».

Por lo demás, en este caso se ordenó en el testamento un legado de usufructo (junto a una «cautela Socini») siendo también criterio unánimemente admitido que el contador-

partidor carece de facultad de realizar elección alguna, como tampoco la tiene en general para elegir en los legados alternativos.

Este Centro Directivo ha puesto de relieve (cfr. Resolución de 3 de julio de 2019) que «el contador-partidor no puede realizar actos que excedan de lo particional: entre ellos (...) prescindir del viudo en la liquidación del régimen económico-matrimonial; realizar conmutación de la legítima del viudo; realizar hijuelas para pago de deuda; o atribuirse funciones privativas del testador, como es la revocación de disposiciones o la valoración de los supuestos de desheredación. Tampoco constituye acto particional decidir si una legataria a la que se atribuye en el testamento la opción de ser legataria de parte alícuota o recibir en usufructo una finca ha cumplido o no la condición impuesta por el testador a la misma, sino que se trata de un presupuesto o cuestión previa a la propia partición, que sólo puede resolverse si se acredita que la interesada ha prestado su conformidad o ha sido resuelta la cuestión judicialmente en otro caso. Ni tampoco podría proceder a la disolución de comunidad existente con un tercero (cfr. Resolución de 14 de septiembre de 2009)».

Por consiguiente, la formulación de tal defecto es ajustada a Derecho.

5. El segundo de los defectos invocados por el registrador consiste en que «la adjudicación al cónyuge viudo, a calidad de compensar a los herederos, que también son legitimarios, con un derecho de crédito, excede de las facultades del contador partidor, además de atentar contra el principio básico de intangibilidad de la legítima».

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

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

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

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

Ahora bien, si el contador-partidor, después de calcular la legítima, no puede proceder al pago en metálico de su cuota ya que tal cantidad no existe entre los bienes hereditarios del causante, sino que establece que tal cantidad sea pagada por los herederos, entonces no está limitándose a contar y partir los bienes del causante, sino que está transformando la legítima en un derecho de crédito frente a los demás herederos, a quienes ordena el pago en metálico de su cuota, pues pasan a ser titulares de un derecho de crédito frente a otro de los partícipes. Y ello implica un acto de disposición admisible en el caso de ser los interesados con facultades de libre disposición de sus bienes los que lo convinieran (cfr. artículo 1058 del Código Civil), pero que no puede entenderse comprendida entre las de partir que al contador-partidor le vienen asignadas por la ley en su condición de tal. Otro tanto cabría decir del derecho de los legitimarios, intangible no sólo en el aspecto cuantitativo sino también en el cualitativo que no puede el contador-partidor cambiar por un crédito frente a los herederos so pena de desvirtuarlo completamente.

Por consiguiente, el presente defecto de la calificación está igualmente ajustado a Derecho.

6. Según el tercer defecto, «(...) la adjudicación al cónyuge viudo de parte del inmueble en pago de una deuda ganancial, implica un acto dispositivo, también vedado al contador-partidor, como la realización, en general, de actos dispositivos que exceden de las meras facultades de contar y partir».

Debe tenerse en cuenta la Resolución de este Centro Directivo de 22 de julio de 2016, de la que se transcribe parte de su fundamento de Derecho tercero: «la adjudicación de un bien de la herencia a uno de los interesados –la viuda– en pago de una deuda de la sociedad conyugal implica un acto de disposición admisible en el caso de ser los interesados con facultades de libre disposición de sus bienes los que lo convinieran (cfr. artículo 1058 del Código Civil), pero que no puede entenderse comprendida entre las de partir que al contador-partidor le vienen asignadas por la ley en su condición de tal (cfr., entre otras, las Resoluciones de 29 de enero de 2013 y 27 de mayo de 2014, entre otras)».

Por lo demás, se ha planteado si excede de lo particional la adjudicación de bienes hereditarios en pago de deudas, habiendo respondido de manera afirmativa este Centro Directivo, exigiendo en consecuencia la conformidad de los herederos, pues el contador-

partidor carece de facultades dispositivas (así las Resoluciones de 22 de julio de 2016 y 4 de octubre de 2017). Y cabe reiterar el criterio de la más autorizada doctrina al entender que el contador-partidor carece de facultades tanto para disponer de los bienes hereditarios como para la administración de la herencia; y sin olvidar que el pago de cualquier obligación de dar requiere facultades dispositivas sobre lo entregado y capacidad para enajenarlo (cfr. artículo 1160 del Código Civil) careciendo el contador-partidor de ambas.

En consecuencia, la formulación de este defecto de la calificación también se ajusta a Derecho.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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, 12 de julio de 2021.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.