

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 19171** *Resolución de 26 de octubre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Córdoba n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición de herencia por no aportarse el testimonio firme de la sentencia de incapacitación de uno de los herederos, ni acreditarse la inscripción en el Registro Civil de dicha incapacitación.*

En el recurso interpuesto por don Rafael Díez-Vieito Piélagos, notario de Córdoba, contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Córdoba número 3, doña Alicia Coronado Teruel, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición de herencia por no aportarse el testimonio firme de la sentencia de incapacitación de uno de los herederos, ni acreditarse la inscripción en el Registro Civil de dicha incapacitación.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 10 de junio de 2021 ante el notario de Córdoba, don Rafael Díez-Vieito Piélagos, se formalizaba una partición de herencia realizada por contador-partidor dativo, en la que constaba la aprobación de ésta por dicho notario, y en la que uno de los herederos era una persona declarada incapaz.

II

Presentada la indicada escritura en el Registro de la Propiedad de Córdoba número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Hechos:

Primero.—Mediante escritura otorgada en Córdoba, el día 10 de junio de 2021, ante su Notario Don Rafael Díez-Vieito Piélagos, n.º 3031 de protocolo, Don F. A. P., en su calidad de Contador-Partidor Dativo, designado por el Ilustre Colegio Notarial de Andalucía en el procedimiento de División de Herencia de Doña J. M. N., y nombrado para tal cargo mediante escritura otorgada por referido Notario el día 28 de octubre de 2019, con el n.º 4.173 de protocolo, en la que por diligencia extendida al final de fecha 4 de noviembre de 2019 aceptó su cargo, requiere el Notario autorizante a fin de tramitar el presente expediente de jurisdicción voluntaria, y se notifique a los herederos, mediante envío por correo certificado con acuse de recibo, y a tal fin entrega a dicho Notario para su protocolización y elevación a público, un cuaderno comprensivo de las operaciones de partición de dicha herencia, conforme al art. 1057.3 del Código Civil, las cuales, han sido realizadas con la citación del representante legal de Don J. F. N., incapacitado, y cuyo tutor es Don J. R. M.; así como el requerimiento por dicho Contador, habiéndose cumplido los requisitos subjetivos y objetivo de los artículos 1.057.2 del Código Civil y de los artículos 92 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y 66 de la ley del Notariado, y previo examen de la partición efectuada, tanto desde el punto de vista jurídico como material, para que proceda a la Aprobación de la partición efectuada en dicho cuaderno particional formalizado por el Contador-Partidor Dativo, y que lleva a efecto el Notario autorizante mediante diligencia extendida al final del documento de fecha 10 de junio de 2021. De dicho cuaderno particional y de la documentación

protocolizada resulta lo siguiente: 1.–Que la expresada causante Doña J. M. N., falleció en Málaga el día 13 de diciembre de 2012, en estado de viuda de sus únicas nupcias con Don J. N. A., de cuyo matrimonio tuvo tres hijos llamados M. P., E. y J. L. N. M., bajo el testamento abierto otorgado en Málaga el 16 de octubre de 2009, ante su Notario Doña Silvia Tejuca García, n.º 2023 de protocolo, en el que lega a su hija E. N. M. los tercios de libre disposición y mejora en pleno dominio, e instituye herederos por terceras e iguales partes, en el tercio de legítima corta o estricta, a sus tres citados hijos, a los que sustituye para los casos de premoriencia, conmoriencia e incapacidad, por sus respectivos descendientes; habiéndole premuerto su hija M. P. N. M., quien falleció el día 22 de agosto de 2010, en estado de casada en únicas nupcias con Don J. F. V., de cuyo único matrimonio tuvo un hijo llamado J. F. N., -el cual fue declarado incapaz en virtud de sentencia dictada con fecha 24 de abril de 2001 por el Juzgado de Primera instancia n.º 13 de Palma de Mallorca, siendo nombrado Tutor del mismo a Don J. R. M., por auto número 222/2011 de fecha 8 de febrero de 2011 por el titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Málaga, habiéndose acreditado únicamente el nombramiento de tutor en virtud de un testimonio expedido el 15 de febrero de 2016 por el Letrado de la Administración de Justicia de referido Juzgado, Doña E. A. M., que se incorpora al final de la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de dicha causante y de su esposo Don J. F. V. 2.–Que el único bien que forma el caudal hereditario de la causante Doña J. M. N. consiste en una casa sita en la calle (...), perteneciente a este Registro, finca registral número 5.894, se adjudica en pleno dominio a la hija y heredera Doña E. N. M., conforme al artículo 1062 del Código [sic] Civil, quién lleva adjudicado de más, 10.764 euros, de cuya cantidad les corresponde a los demás herederos Don J. L. N. M. y Don J. F. N., a cada uno de ellos, cinco mil trescientos ochenta y dos euros, cantidad abonada por dicha adjudicataria.

Segundo.–Una copia de dicha escritura se presentó en este Registro de la Propiedad de Córdoba número Tres, el día 17 de junio de 2021, a las 12:20 horas, causando el asiento 186 del diario 41, habiéndose aportado el mismo día carta de pago y autoliquidación del impuesto de la Plusvalía.

Fundamentos de Derecho:

Se ha apreciado, previa su calificación registral -conforme a los artículos 18 y concordantes de la Ley Hipotecaria-, los siguientes defectos subsanables:

–Ha de tomarse en consideración lo siguiente:

Primero.–Del expediente resulta que el hijo de la causante M. P. N. M., llamado J. F. N., fue declarado incapaz en virtud de Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Palma de Mallorca de fecha 24 de abril de 2001, y que por Auto firme dictada el 8 de febrero de 2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Málaga fue nombrado Tutor del mismo a don J. R. M.. Se acompaña testimonio de dicho nombramiento. Sin embargo falta la aportación de testimonio judicial de sentencia firme, con expresión de su firmeza, por la que se procede a la incapacitación o modificación judicial de su capacidad, y ello en la medida que, conforme al artículo 199 del Código Civil, «nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley», debiendo tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la sentencia que declara la incapacitación se determina la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

Para facilitar la labor de los interesados, y sin perjuicio de otros medios admitidos en Derecho, para la práctica de la inscripción interesada será precisa la aportación de testimonio judicial de la sentencia firme de incapacitación de don J. F. N., con expresión de su firmeza.

Son de aplicación los artículos 199 y siguientes del Código Civil, 760 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes.

Segundo.—El artículo 218 del Código Civil indica que «Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil. Dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones», añadiendo el artículo 219 del Código Civil que «la inscripción de las resoluciones a que se refiere el artículo anterior, se practicará en virtud de testimonio remitido al Encargado del Registro Civil», lo que complementa el artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual «Cuando proceda, el Secretario judicial -actualmente, Letrado de Administración de Justicia- acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan»;

– en conexión con ello, el artículo 2 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 indica que «El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento», debiendo tener en cuenta que entre los hechos inscribibles en el Registro Civil, conforme al artículo 1, apartados quinto y octavo, de la Ley del Registro Civil se encuentran «Las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas» y la «tutela y demás representaciones que señala la Ley» (así, el artículo 46 de la Ley de Registro Civil reseña que «las modificaciones judiciales de capacidad (...) se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento» y los artículos 88 y 89 de la citada Ley del Registro Civil señalan que «En la Sección cuarta se inscriben el organismo tutelar y las demás representaciones legales que no sean de personas jurídicas y sus modificaciones (...)» y que «las inscripciones relativas al organismo tutelar se practicarán en el Registro del domicilio de las personas sujetas a la tutela en el momento de constituirse ésta»).

En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado, por aplicación analógica, en Resolución de 28 de octubre de 2014, ha puesto de manifiesto que en relación con el tema de la prueba del estado civil de las personas que otorguen actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, parte del criterio general de la necesidad de que las distintas circunstancias y hechos relativos al estado civil de las personas, cuando afectan a la titularidad de los derechos inscritos o a la legitimación de los otorgantes, por afectar a la validez del acto o contrato en que intervienen, deben ser acreditados mediante certificación de su inscripción en el Registro Civil: de este modo, no se trata sólo de «probar» la incapacidad y el nombramiento de tutor, sino que en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil no son oponibles frente a terceros, por lo que no deberá accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre del incapacitado por el tutor sin aquella previa inscripción en el Registro Civil.

Como consecuencia de lo anterior, para proceder a la práctica de la inscripción interesada será preciso acreditar la inscripción de la modificación judicial de la capacidad -o incapacidad- de don J. F. N. y la -del nombramiento de tutor en el Registro Civil, para lo cual será precisa la aportación:

- de certificación de nacimiento de don J. F. N., en que conste anotada la incapacidad o modificación judicial de la capacidad del mismo -Sección Primera- expedida por el encargado del Registro Civil español que resulte competente,
- así como, en su caso, certificación de tutelas y demás representaciones legales en que conste inscrito el nombramiento de su tutor, don J. R. M. -Sección Cuarta-, expedida por el encargado del Registro Civil español que resulte competente.

Son de aplicación los artículos 218, 219 y 1216 del Código Civil; 755 y 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 3 de la Ley Hipotecaria; 34 del Reglamento Hipotecario; 1, 2, 15, 46, 88 y 89 de la Ley del Registro Civil de 14 de junio de 1957; así como, entre otras, por

aplicación analógica, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de octubre de 2014.

Acuerdo:

En su virtud, se acuerda suspender la inscripción de la precedente escritura, por las causas y en los términos que resultan de la presente nota de calificación; asimismo se hace constar:

Contra la presente nota de calificación puede (...)

Córdoba, a 8 de Julio de 2021. La Registradora (firma ilegible) Fdo.: Alicia Coronado Teruel».

III

Los defectos apreciados en la nota de calificación de la registradora de la Propiedad fueron subsanados y la adjudicación hereditaria se inscribió el día 26 de julio de 2021. Contra la anterior nota de calificación, don Rafael Díaz-Vieito Piélagos, notario de Córdoba, interpuso recurso el día 26 de julio de 2021 mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Expone:

Primero.—Que autoricé escritura de protocolización de partición realizada por contador partidor dativo bajo el número 3.031 de orden protocolar del año 2021; dicho título fue objeto de calificación negativa el día 8 de julio de 2021 por parte de la titular del Registro número 3 de los de Córdoba (...)

Segundo.—Que como presentante del documento, y aun cuando entiendo que se trataba de una exigencia improcedente, aporté la documentación exigida por la registradora (la certificación de nacimiento del señor R. así como la certificación acreditativa de la inscripción en la sección 4 del nombramiento de tutor), a fin de evitar dilaciones que pudiesen causar perjuicios económicos a la adjudicataria y a la persona interesada en la adquisición del inmueble objeto del título.

Tercero.—Que, no obstante lo anterior, por la presente vengo a interponer recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y el Notariado, en base a las siguientes consideraciones:

Como resulta del relato de hechos contenido en la calificación, se trata de la protocolización de un cuaderno particional redactado por contador partidor dativo designado conforme a lo previsto en el artículo 1057 del Código Civil y las disposiciones concordantes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, norma que llamativamente no es objeto de cita ni análisis en la nota de calificación.

Como resulta del expediente, la designación se realizó conforme a las disposiciones de la Ley, con citación de todos los interesados, el cuaderno particional fue realizado por el señor contador partidor dativo previa tasación del único inmueble quedado al fallecimiento de la causante y finalmente dicha partición fue protocolizada por dicho señor y aprobada de modo expreso por mí, como Notario autorizante en los términos exigidos en el Código Civil.

La calificación de la señora registradora parece ignorar dos cuestiones centrales:

a.—en primer lugar, el otorgante del instrumento público calificado ha sido el contador partidor dativo, no la persona con la capacidad judicialmente modificada ni su representante legal como afirma en su nota de calificación, al exigir una documentación aludiendo a los «actos o contratos otorgados en nombre del incapacitado por el tutor». Resulta pertinente recordar el contenido de la Resolución dictada por el Centro Directivo el 26 de junio de 2019 cuando indica que «dado el carácter unilateral del negocio

particional efectuado por el contador partidor testamentario, ningún heredero, ni por si ni en representación de otro, actúa como otorgante del negocio partitivo».

b.–en segundo lugar, que el título otorgado por el contador partidor dativo, como lo sería si el contador fuese testamentario, una vez aprobada notarialmente (o en su caso por el Letrado de la Administración de justicia) la partición, es inscribible sin necesidad de intervención de los legitimarios ni de los llamados a la herencia. Dicha aprobación existe y consta fehacientemente en el título calificado. En concreto en dicho título consta expresamente la siguiente diligencia con la aprobación requerida:

«Diligencia de aprobación.–La extiendo yo, Rafael Díaz-Vieito Piélagos, Notario autorizante de la presente, el día diez de junio de dos mil veintiuno, para hacer constar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.057 del Código Civil, apruebo de modo expreso las operaciones particionales verificadas por el señor A. P., por cumplir todos los requisitos establecidos en la Ley, y por entender plenamente justificada la valoración atribuida al bien inventariado (...)»

Es obvio que el procedimiento concebido por la Ley de Jurisdicción Voluntaria implica la posibilidad de que el título sea inscribible directamente, pues de lo contrario su objetivo de evitar bloqueos por parte de la minoría y de desjudicialización quedaría por completo desnaturalizado e impedido.

A estos efectos transcribo las argumentaciones del Centro Directivo en la reciente Resolución de 19 de febrero de 2021:

«Por lo que se refiere a las referidas cuestiones de fondo planteadas, debe tenerse en cuenta la naturaleza de actos de jurisdicción voluntaria que tienen tanto el nombramiento de contador-partidor dativo como la aprobación de la partición por él realizada.

El Preámbulo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria afirma que "...la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados".

La disposición final primera, en su apartado noveno, de la misma Ley 15/2015, modificó el artículo 1057 del Código Civil, que en su párrafo segundo dispone 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".

Igualmente, la disposición final undécima modifica la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, introduciendo el artículo 66 que dispone, en el apartado 1 lo siguiente: "1. El Notario autorizará escritura pública: a) (...) b) Para el nombramiento de contador-partidor dativo en los casos previstos en el artículo 1057 del Código Civil. El nombramiento se

realizará de conformidad con lo previsto en el artículo 50. c) En los casos de renuncia del contador-partidor nombrado o de prórroga del plazo fijado para la realización de su encargo. d) Para la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios". Y en su apartado 2 establece que: "Será competente el Notario que tenga su residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente".

En esta 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. La designación del contador-partidor se verifica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley del Notariado; y, la aprobación de la partición conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la misma Ley del Notariado.

Consecuentemente con lo expresado, 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.

4. 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. (...) En virtud de lo expuesto, la calificación registral del nombramiento de contador-partidor y 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 el supuesto que nos ocupa, parece ignorar la registradora que el otorgante es el contador partidor dativo debidamente designado, cuya idoneidad y capacidad no ha sido cuestionada, así como tampoco la regularidad de nombramiento ni de su actuación en la formación de inventario y redacción y protocolización del cuaderno particional tampoco lo ha sido la aprobación expresamente formulada por este notario recurrente. No existen por tanto dudas acerca de la competencia del notario, de la congruencia del procedimiento, de sus formalidades extrínsecas, de la validez de los actos dispositivos, de la capacidad del otorgante ni existe obstáculo alguno que surja del Registro.

A mayor abundamiento la condición de tutor del incapaz interesado en la herencia, y aun cuando ello resulte innecesario, consta en el título calificado pues en la escritura de adjudicación de herencia al fallecimiento de la madre del mismo, que se encuentra testimoniada e incorporada, se encuentra la resolución judicial firme en la que se designa tutor al señor del señor R. M., así como otra posterior en la que expresamente se le atribuye y reconoce el cargo, amén de existir un expreso juicio de suficiencia del notario autorizante acerca de la suficiente de sus facultades: no hay duda alguna acerca de la condición de tutor de dicho señor, y el título en el que constan dichas resoluciones judiciales –que parecen no bastar a la señora registradora a los efectos quedar acreditada la condición de tutor– ha sido objeto de inscripción en distintos registros de la propiedad.

En base a lo anterior, vengo a interponer recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y el Notariado, dentro del plazo legalmente fijado».

IV

Con fecha 30 de julio de abril de 2021, doña Alicia Coronado Teruel, registradora de la Propiedad de Córdoba número 3, elaboró informe en defensa de su nota de calificación y elevó el recurso a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 199, 218 y 219 del Código Civil –en su redacción anterior a la Ley 8/2021–; 300 del Código civil –en la redacción que le da la Ley 8/2021–; 755 y 760 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 22 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la

Jurisdicción Voluntaria; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de noviembre de 1998, 28 de octubre de 2014 y 3 de julio de 2019; y Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 18 de diciembre de 2020 y 19 de febrero y 12 de julio de 2021.

1. El presente recurso plantea la cuestión de si para inscribir una partición hereditaria practicada por contador-partidor dativo con aprobación notarial, en la que uno de los herederos está judicialmente incapacitado, es preciso aportar o acreditar la sentencia firme en la que la misma se declara y si es preciso acreditar la previa inscripción en el Registro Civil de la sentencia de incapacitación.

Son hechos que deben tenerse en cuenta en la resolución del presente expediente, los siguientes:

– Mediante escritura autorizada por el notario de Córdoba, don Rafael Díez-Vieito Piélagos, se procede a protocolizar el cuaderno particional confeccionado por el contador-partidor dativo, don F. A. C. En esta escritura consta la aprobación por dicho notario de la partición practicada.

– En dicho cuaderno particional constan incorporados, entre otros documentos, el certificado de defunción del causante, el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, el último testamento autorizado por el causante, así como auto de nombramiento de tutor en la persona de J. R. M., auto de autorización a don J. R. M. para aceptar la herencia en nombre de don J. F. N.

La registradora señala dos defectos:

– Falta la aportación de testimonio judicial de sentencia, firme, por la que se procede a la incapacitación o modificación judicial de su capacidad.

– Es preciso acreditar la inscripción de la modificación judicial de la capacidad –o incapacitación– de don J. F. N. y la del nombramiento de tutor en el Registro Civil.

Entiende el notario recurrente que si la partición la realiza un contador-partidor dativo no es precisa ni la aportación de la sentencia firme de incapacitación, ni tampoco la acreditación de la previa inscripción de la incapacitación en el Registro Civil, es más, que habiendo sido aprobada la partición por el notario y tratándose de un acto comprendido dentro de las competencias atribuidas al notario por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no cabe calificación, pues el mismo notario ha debido comprobar la legalidad del procedimiento tramitado.

La resolución de las cuestiones planteadas en el presente recurso se realizará conforme a la legislación vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 de Reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, por ser el supuesto de hecho anterior a su fecha de entrada en vigor (3 de septiembre de 2021).

Por lo demás, debe recordarse que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria establece lo siguiente: «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».

2. El artículo 1057 del Código Civil en la redacción dada por la disposición final 1.90 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, dispone:

«El testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

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.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará, aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas».

Por su parte, el artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción original, determinaba que «la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763».

Del artículo 1057 del Código Civil resulta que es preceptiva la citación al representante legal del incapaz, en los supuestos en que de la sentencia de incapacitación así resultara exigible (artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En consecuencia, el letrado de Administración de Justicia o en este caso el notario, deberán comprobar que se ha producido dicha citación para proceder a la aprobación de la partición, si así resultara de la sentencia de incapacitación.

Por otro lado, aun cuando el otorgante de la escritura sea únicamente el contador y la partición produzca efectos jurídicos por sí, sin necesidad de la intervención de los herederos y legatarios, es preciso, conforme a la legislación hipotecaria, que en ella se contenga una identificación completa de los beneficiarios, de modo que si alguno de éstos se hallase sujeto a tutela, deberá especificarse debidamente esta circunstancia, así como el alcance y forma de intervención que se haya previsto en la sentencia firme que lo declare.

Igualmente deberá acreditarse la identidad de su legal representante y su nombramiento

En este caso, resulta que uno de los herederos está incurso en causa de incapacitación, por lo que se impone la constatación de las circunstancias antes referidas.

En la documentación incorporada en la escritura de protocolización de las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor dativo, consta el nombramiento del tutor pero no consta que el notario haya tenido a la vista, ni por su exhibición ni por su incorporación a otro documento público de los unidos a la partición, la sentencia por la que se declara la incapacitación de don J. F. N.

Dicha sentencia de incapacitación debió ser solicitada por el contador-partidor dativo y por el notario autorizante, al objeto de determinar la extensión y límites de la incapacitación que a su vez determinarían las facultades del representante legal, no siendo suficiente la mera constancia del nombramiento y aceptación del cargo.

Este criterio de atender a las concretas limitaciones impuestas en la sentencia que declare la incapacitación se encuentra claramente reforzada, incluso superada en la protección del discapacitado en la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En la Exposición de Motivos de la indicada ley se manifiesta lo siguiente:

«La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

Con la manifestación de este objetivo, la convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, además de exigir a los Estados Partes que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones».

3. Respecto de las alegaciones del notario recurrente basadas en el hecho de que la partición practicada por el contador-partidor dativo haya sido aprobada por aquél, cabe recordar las siguientes consideraciones de este Centro Directivo en Resolución de 30 de noviembre de 2016, reiteradas por otras posteriores (cfr. Resoluciones de 19 de febrero y 12 de julio de 2021):

«La reforma llevada a cabo por la indicada Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, al reformar el artículo 1057.2 el Código Civil, atribuye, en esta materia, 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. La designación del contador-partidor se verifica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley del Notariado; y, la aprobación de la partición conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la misma Ley del Notariado.

Consecuentemente con lo expresado, debe procederse y deben diferenciarse conceptualmente, lo que constituye propiamente el proceso de nombramiento del contador-partidor dativo; lo que constituye 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 así exigido por la normativa.

Así, por lo que hace referencia al nombramiento del contador-partidor dativo es obligación del notario cerciorarse 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, dice expresamente el artículo 1.057 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 la citada 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.

Por otro lado, 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-).

Según el párrafo tercero del artículo 1057 del Código Civil antes transcrito, uno de los trámites esenciales de la partición por contador-partidor dativo es el inventario de los bienes con citación del representante legal del sujeto a tutela.

Y, aunque la concreta y específica forma de realizar dicha notificación debe quedar bajo la fe pública de exclusiva responsabilidad del notario autorizante (cfr. artículo 17 bis de la Ley del Notariado), pues no hay citación ni emplazamiento a titular alguno de

derechos inscritos (cfr. artículos 18 y 20 de la Ley Hipotecaria), es imprescindible que el notario que aprueba la partición practicada haya comprobado -por la correspondiente sentencia- la extensión y límites de la incapacitación que a su vez determinarán las facultades del representante legal, no siendo suficiente la mera constancia del nombramiento y aceptación del cargo.

Consecuentemente, este primer defecto debe ser confirmado.

4. En cuanto a la necesidad de acreditar la previa inscripción de la incapacitación en el Registro Civil.

El segundo de los defectos señalados se refiere a la falta de acreditación de la inscripción en el Registro Civil del cargo tutelar.

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

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

«(...) Es cierto que la cuestión ahora planteada fue abordada por este Centro Directivo en su Resolución de 6 de noviembre de 2002, entendiéndose entonces que «si bien es cierto que el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos, el artículo 2 de la Ley del Registro Civil necesita acudir a otros medios de prueba distintos del Registro si previa o simultáneamente se ha promovido la inscripción omitida, y así ocurre en este caso en el que en los Autos de nombramiento de tutor se ordena enviar exhorto a los Registros Civiles respectivos para la constancia en los mismos de los respectivos nombramientos, con lo que se cumple lo que este Centro Directivo ha exigido en casos análogos».

Ahora bien, no es menos cierto que el criterio interpretativo reflejado en dicha Resolución ha sido superado por la doctrina posterior de este Centro Directivo en relación con el tema de la prueba del estado civil de las personas que otorguen actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que parte, como se verá, del criterio general de la necesidad de que las distintas circunstancias y hechos relativos al estado civil de las personas, cuando afectan a la titularidad de los derechos inscritos o a la legitimación de los otorgantes, por afectar a la validez del acto o contrato en que intervienen, deben ser acreditados mediante certificación de su inscripción en el Registro Civil. Este criterio general aparece reforzado, además, en casos como el presente relativo a un incapacitado que comparece junto con su tutor a los efectos de complementar su capacidad, en que dicha inscripción en el Registro Civil no sólo tiene efectos probatorios y de legitimación (cfr. art. 2 de la Ley del Registro Civil), sino también de oponibilidad frente a terceros.

En efecto, el artículo 218 del Código Civil, tras establecer en su párrafo primero que «las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil», añade en su párrafo segundo que «dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones», precepto que, por lo demás, concuerda con el artículo 222.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que supedita la eficacia «ultra partes» de la cosa juzgada de la sentencia recaída a la previa inscripción en el Registro Civil, al disponer que «en las sentencias sobre estado civil... la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil» (vid. en el mismo sentido el apartado 2 del artículo 19 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, pendiente de entrada en vigor, conforme al cual «en los casos legalmente previstos, los hechos y actos inscribibles conforme a las prescripciones de esta Ley serán oponibles a terceros desde que accedan al Registro Civil»).

Pues bien, en tales casos no se trata sólo de «probar» la incapacitación y el nombramiento de tutor, sino que en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil no son oponibles frente a terceros, por lo que no deberá accederse a la inscripción

en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre del incapacitado por el tutor sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la incapacitación derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad del Registro de la Propiedad en caso de que se inscriba la venta otorgada por el tutor en representación del incapacitado (o por éste con capacidad complementada por aquél) si el nombramiento del tutor -por el motivo que sea- no llegara a inscribirse en el Registro Civil, en los términos que luego se verán.

En este sentido, un primer exponente de esta evolución en la doctrina del Centro Directivo en la materia aparece representada por la Resolución de 18 de octubre de 2006 que, ante el mismo defecto ahora examinado (falta de inscripción en el Registro Civil del correspondiente cargo tutelar), consideró como medio adecuado por su subsanación la acreditación de la inscripción en el citado Registro (la inscripción propiamente tal y no su mera solicitud). Este primer pronunciamiento en el sentido indicado, claro en su criterio aunque parco en su argumentación, ha sido seguido de otros varios durante los últimos años, que han sido pródigos en la materia como se verá, tanto desde el punto de vista de las relaciones entre los principios de oponibilidad propios del Registro de la Propiedad y del Registro Civil, como desde la perspectiva de la prueba del estado civil de las personas ante el Registro de la Propiedad, cuestión mediatizada por la anterior en aquellos supuestos de hechos y circunstancias del estado civil cuya inscripción tenga efectos de oponibilidad frente a terceros».

En consecuencia, debe confirmarse este defecto señalado en la calificación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

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, 26 de octubre de 2021.-La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.