

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**20509** *Resolución de 15 de noviembre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Navahermosa, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones particionales.*

En el recurso interpuesto por don A. Z. L. contra la calificación del registrador de la Propiedad de Navahermosa, don Jesús Samuel Ciruelos Rodríguez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones particionales.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 27 de enero de 2022 por el notario de Toledo, don Nicolás Moreno Badía, se protocolizaba por el contador-partidor, don J. M. T. A., el cuaderno particional de las operaciones de adjudicación de la herencia causada por el fallecimiento de don E. A. Z. C., ocurrido el día 29 de septiembre de 2019, en estado de casado con doña C. L. P. M., dejando dos hijos de ese matrimonio –don A. y doña S. Z. L. P.– y un hijo extramatrimonial –don G. F. C.–. Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su testamento otorgado el día 22 de julio de 1993 ante el notario de Toledo, don Manuel Costa Domínguez, en el que, entre otras disposiciones, legaba a su esposa su cuota legal usufructuaria en pago de su legítima, «lega a su hijo G. F. C., lo que por legítima le corresponda» e instituía herederos universales por parte iguales a sus dos hijos, don A. y doña S. Z. L. P.; además, nombraba «albaceas, comisarios contadores, partidores solidariamente a Don J. M. T. A., y Don F. R. P., con plenitud de facultades (...)».

En el cuaderno particional, a la viuda se le adjudicaba una finca en pago de sus derechos de cuota legal usufructuaria, con un exceso de adjudicación que pagaría al heredero don A. Z. L. P. en el plazo de tres meses que se le concedía. Al legitimario, don G. F. C., se le adjudicaba una finca en pago de su legítima estricta y corta. El resto se distribuía entre los herederos.

II

Presentada el día 8 de abril de 2022 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Navahermosa, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificado el precedente documento por el registrador que suscribe, no se practica la inscripción solicitada, con arreglo a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos.

Que habiendo sido presentada en esta oficina el día 8 de abril de 2022, bajo el asiento 334 del Diario 103, una escritura de protocolización de operaciones particionales otorgada el día 27 de enero de 2022 ante el Notario de Toledo, D. Nicolás Moreno Badía, con el número 252 de protocolo, no se practica la inscripción solicitada por los siguientes motivos:

En la escritura calificada, D. J. M. T. A., en calidad de contador partidor, procede a elevar a público el cuaderno particional de los bienes relictos al fallecimiento de D. E. A. Z. C.

En dichas operaciones particionales, el citado contador-partidor procede a realizar dos operaciones que exceden las funciones/facultades que le corresponden a esa figura jurídica, a saber:

Primero, procede a la conmutación del usufructo viudal, adjudicando a la viuda, en pago de su derecho de usufructo, el pleno dominio de la finca descrita con el n.º 2.

Dicha operación excede las facultades del contador partidor y así es doctrina de la DGRN (hoy denominada DGSJ y FP) considerar que la conmutación del usufructo es una operación que excede de lo propiamente particional. Por eso, ya en la resolución de 4 de abril de 2017 entendió que el contador-partidor por sí sólo no puede decidir conmutar el usufructo; sí puede conmutar cuando el causante se lo haya ordenado o le haya facultado para hacerlo, cosa que no se da en el presente caso, por cuanto el testador no le faculta para ello.

La facultad de conmutar el usufructo viudal corresponde a los herederos, sin discriminar si se trata de herederos voluntarios o forzosos; y también al propio testador, que puede conmutar el usufructo en el testamento, así como puede prohibir a los herederos y cónyuges la conmutación. En cuanto a la intervención del cónyuge viudo en la conmutación, la jurisprudencia del TS (Vid sentencias TS de 4 de octubre de 2001 y 13 de julio de 2009) confirma la tesis sostenida por la DGRN de la necesidad de intervención del cónyuge viudo en la conmutación.

Y segundo, en el testamento del causante consta, en lo que ahora interesa, que “lega a su hijo G. F. C. lo que por legítima le corresponda” e instituye herederos universales por parte iguales a sus dos hijos, Don A. y D.<sup>a</sup> S. Z. L. P.

Aquí el contador partidor procede a interpretar la disposición testamentaria, de manera que determina que la porción correspondiente a D. G. en la herencia se debe circunscribir al tercio de legítima estricta, sin incluir el tercio de mejora. Bien, esta operación también excede las facultades que tiene el contador-partidor, pues el artículo 808 del Código Civil dispone que:

Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores.

Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

En el testamento de D. E. A. sólo consta que “Lega a su hijo G. F. C. lo que por legítima le corresponda, ordenado que se le pague en bienes que no comparta con los herederos” y no realiza ninguna mejora en favor de los otros hijos, por lo que la legítima se debe configurar con las dos terceras parte de la herencia, esto es, legítima larga o solamente legítima (2/3 partes) y no legítima estricta (1/3 parte).

Así, respecto de la interpretación que hace el contador-partidor partidor de esa disposición testamentaria, la DGRN (hoy denominada DGSJ y FP) en resolución de 27 de febrero de 2019 ya dispuso que es doctrina reiteradísima de este Centro Directivo que: “En cuanto a los elementos de la interpretación (...) La interpretación de las cláusulas de los testamentos puede resultar dificultosa en múltiples ocasiones pues esas cláusulas pueden ser a veces oscuras, ambiguas, imprecisas, incompletas, equívocas, excesivamente rígidas o drásticas, de significado dudoso, etc., si bien, como ha recogido la Jurisprudencia (Vistos), la mayor parte de los testamentos se otorgan en forma abierta ante Notario y hallándose el testador en condiciones normales de capacidad, por lo que la inteligencia de estas cláusulas no debería suscitar dudas ni problemas aun cuando en numerosas ocasiones son productoras de mucha jurisprudencia.

El precepto fundamental en esta materia es el artículo 675 del Código Civil, del que resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. Lo que confirman otras disposiciones del Código Civil, como el artículo 773 para el nombre y apellidos de los designados como herederos o legatarios.

En cuanto a quien puede realizar la interpretación de las disposiciones testamentarias, la DGRN (hoy denominada DGSJ y FP) ha manifestado en la Resolución de 30 de abril de 2014, que resuelve un supuesto de interpretación de testamento redactado de forma confusa, vinculando sus disposiciones al acaecimiento de hechos que no se sabía si habían ocurrido, y con legados de bienes de dudosa identificación. Señala como doctrina general del Centro Directivo que, «en principio, la interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea o en su defecto a la Autoridad Judicial y que a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas.

Por todo lo expuesto, al exceder las operaciones particionales señaladas de las funciones del contador-partidor, será necesario para poder practicar la inscripción, la ratificación del cuaderno particional por parte de todos los herederos y de la viuda de D. E. A. Z. C.

Además, en dicha escritura o escrituras de ratificación deberán constar las circunstancias personales (mayoría de edad, domicilio y N.I.F.) de los herederos y viuda en los términos impuestos por los art. 9 de la LH y 51 de su Reglamento, ya que las mismas no aparecen reseñadas en la escritura calificada.

Fundamentos de Derecho.

Artículos 9, 18 y 254 de la Ley Hipotecaria.

Artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

Artículo 675 y 808 del Código Civil.

Resolución de 4 de abril de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy denominada DGSJ y FP)

Resolución de 27 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy denominada DGSJ y FP).

No se toma anotación de suspensión, por no haber sido solicitada.

Queda prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de 60 días contados desde la fecha de esta notificación.

Contra esta nota de calificación (...)

Navahermosa, a 2 de mayo 2022 El Registrador Fdo. D. Jesús Samuel Ciruelos Rodríguez.»

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma a la registradora de la Propiedad de Lillo, doña María López Mejía, quien, con fecha 30 de junio de 2022 confirmó la calificación del Registro de la Propiedad de Navahermosa, lo que fue notificado a la interesada el día 11 de julio de 2022.

IV

Contra la anterior nota de calificación, don A. Z. L. interpuso recurso el día 25 de agosto de 2022 mediante escrito en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

«(...) Se formula el presente Recurso frente al “defecto segundo” calificado en el Acuerdo dictado por la Sra. Registradora de Lillo.

De conformidad a las resoluciones de la DGRN de fecha 11 de Julio de 2013, 18 de Mayo de 2.012, 24 de marzo de 2.001 y otras muchas de contenido similar, la partición realizada por el contador-partidor es válida mientras no se impugne judicialmente de forma que, solo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador, cuando además, como sucede en el presente caso, –y así está explicitado en documento notarial

con conocimiento de todos los herederos y legatario interesados en la herencia del causante en fecha previa a que se llevara a término la protocolización de las operaciones particionales— éstas fueron llevadas a cabo por el contador partidor D. J. M. T. A. con la total fidelidad conocida por él, para con la voluntad del causante.

El contador-partidor realiza la partición con libertad de apreciación y posibilidad de equivocarse de buena fe, y puede asignar los bienes a su prudente arbitrio mientras no se demuestre que su criterio distributivo es disparatado o parcial, o que era sencillo o económico guardar la norma del artículo 1061 CC.

Es frecuente que las cláusulas de nombramiento de contador-partidor mencionen expresamente, entre sus facultades, la de interpretar el testamento. No obstante, aun sin esa mención como sucede en el presente caso, es claro que siendo el testamento una declaración de voluntad, sólo puede llevarse a la práctica a través de la interpretación por parte del nombrado, y por tanto dicha facultad constituye una base previa indispensable en el desempeño del encargo del testador.

Aun cuando el testamento conceda específicamente al contador la facultad interpretativa, dado que su interpretación no es vinculante, los perjudicados —si los hubiera— pueden discutir el asunto ante los tribunales y serán éstos los que decidan cuál es el entendimiento correcto del testamento, si bien parece que el comisario tiene a su favor una especie de presunción iuris tantum de acierto.

A la presente fecha no consta la impugnación judicial de la partición de la herencia practicada por D. J. M.T. A. y protocolizada en fecha 27 de enero de 2.022, ante el Notario de Toledo D. Nicolás Moreno Badía, n.º 252 de su protocolo, cuya calificación favorable se pretende.»

V

Mediante escrito, de fecha 15 de septiembre de 2022, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Notificada la interposición del recurso al notario autorizante del título calificado, no se ha producido alegación alguna.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 675 y 773 del Código Civil; 1.3.º, 3, 19 bis, 214 y 217 de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1984, 1 de diciembre de 1985, 9 de junio de 1987, 3 de noviembre de 1989, 26 de abril y 29 de diciembre de 1997, 18 de julio de 1998, 23 de enero de 2001, 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003 y 18 de julio y 28 de septiembre de 2005; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 2009, 11 y 28 de junio de 2014, 25 de mayo de 2015 y 10 de marzo y 20 de abril de 2016, en cuanto a recurso contra calificación sustitutoria; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de marzo de 2009, 17 de julio de 2010, 30 de abril de 2014, 19 de enero, 17 de abril y 29 de junio de 2015 y 26 de mayo de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 23 de octubre de 2020, 28 de enero de 2021 y 15 de junio de 2022.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de protocolización de operaciones particionales otorgada el día 27 de enero de 2022 por contador-partidor, en la que concurren las circunstancias siguientes: el causante falleció el día 29 de septiembre de 2019; en su testamento, de fecha 22 de julio de 1993, lega a su esposa la cuota legal usufructuaria en pago de su legítima, lega a un hijo extramatrimonial «(...) lo que por legítima le corresponda» e instituye herederos universales por parte iguales a sus dos hijos matrimoniales; nombra «albaceas, comisarios contadores, partidores solidariamente a Don J. M. T. A., y Don F. R. P., con plenitud de facultades (...)», y en el cuaderno particional, a la viuda se le adjudica una finca en pago de sus derechos de cuota legal usufructuaria, con un exceso de

adjudicación que pagará a uno de los herederos en un plazo de tres meses que se le concede; al legatario de legítima, se le adjudica una finca en pago de su legítima estricta y corta, y el resto se distribuye entre los herederos.

El registrador señala dos defectos de los que se recurre el segundo de ellos: que el contador-partidor procede a interpretar la disposición testamentaria de manera que determina que la porción correspondiente al legatario de legítima en la herencia se debe circunscribir al tercio de legítima estricta, sin incluir el tercio de mejora; y esta operación excede las facultades que tiene el contador-partidor, por lo que es necesaria la ratificación de la partición por todos los herederos y la viuda.

El recurrente alega lo siguiente: que las operaciones particionales fueron llevadas a cabo por el contador-partidor con total fidelidad, conocida por él, para con la voluntad del causante; que realiza la partición con libertad de apreciación y posibilidad de equivocarse de buena fe, y puede asignar los bienes a su prudente arbitrio mientras no se demuestre que su criterio distributivo es disparatado o parcial; que, siendo el testamento una declaración de voluntad, sólo puede llevarse a la práctica a través de la interpretación por parte del nombrado albacea contador-partidor, y por tanto dicha facultad constituye una base previa indispensable en el desempeño del encargo del testador; que los perjudicados –si los hubiera– pueden debatir sobre el asunto ante los tribunales y serán éstos los que decidan cuál es el entendimiento correcto del testamento, si bien parece que el comisario tiene a su favor una especie de presunción «iuris tantum» de acierto y no consta la impugnación judicial de la partición de la herencia.

2. Como cuestión previa, el recurrente ha planteado recurso contra la calificación sustitutoria –registradora de la Propiedad de Lillo–.

En cuanto al alcance y efectos de la calificación sustitutoria, es preciso aclarar que es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Por ello, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante esta Dirección General, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad –cfr. artículo 19 bis.5.ª de la Ley Hipotecaria– (Resoluciones de 2 de marzo de 2009, 11 y 28 de junio de 2014, 25 de mayo de 2015 y 10 de marzo y 20 de abril de 2016).

La intervención del registrador sustituto se limita a confirmar o revocar la nota de calificación y en este último caso y si la revocación es total, debe acompañar el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse el asiento (cfr. artículo 19 bis.3.ª de la Ley Hipotecaria).

La opción del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria en su párrafo cuarto se concede a los interesados en dos supuestos: en primer lugar, cuando el registrador no haya calificado dentro de plazo, en que lógicamente no cabe recurso contra una calificación no realizada, y, en segundo lugar, cuando el interesado opte por el cuadro de sustituciones ante una calificación registral negativa. El interesado «podrá recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o bien instar la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 de la Ley». Tanto el citado artículo 19 bis, como el artículo 6 del Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto, señalan que éstos podrán solicitar la intervención del registrador sustituto mediante la aportación a éste del testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria o de su original que tendrá derecho a retirar del registro donde se hubiera presentado.

El párrafo segundo de la regla quinta del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria dispone que: «en la calificación el Registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el sustituido y respecto de los que los interesados hubieran motivado su discrepancia en el escrito en el que solicita su intervención», lo que debe interpretarse en el sentido de que los interesados deberán manifestar respecto a cuales de los defectos de los contenidos en la nota de calificación deberá pronunciarse el registrador sustituto, máxime cuando la calificación sustitutoria deberá ajustarse a los defectos observados en la nota de calificación del registrador sustituido. Si el desacuerdo es respecto a la total nota de calificación debe bastar para ello con expresar genéricamente dicha discrepancia.

En el presente caso, la registradora sustituta ha confirmado la calificación del registrador sustituido por lo que, aun cuando se interpone el recurso contra la calificación sustitutoria, la presente Resolución, conforme al precepto legal señalado, debe limitarse a revisar la calificación del registrador sustituido, única legalmente recurrible.

3. Entrando en la parte sustantiva del recurso, esto es, si el contador-partidor puede hacer la interpretación realizada en el cuaderno particional, hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo respecto a quién corresponde hacer la interpretación de las disposiciones testamentarias y si puede hacerla por sí solo el contador-partidor o los llamados como herederos.

Sobre tal cuestión, este Centro Directivo se ha manifestado en la Resolución de 30 de abril de 2014 reiterada por muchas otras que, en principio, la interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea o en su defecto a la autoridad judicial y que, a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas. Así, la interpretación del testamento en caso de colisión será decisión entre los herederos, y a falta de albacea, contador-partidor o cualquier figura designada por el testador para ello, corresponde, en particular, a los tribunales de instancia y no al Tribunal Supremo, si bien, excepcionalmente, cabe que ese Alto Tribunal revise la interpretación realizada.

En cuanto a la interpretación hecha por los herederos, este Centro Directivo en Resolución de 19 de mayo de 2005 (reiterada en muchas otras: vid., por todas, la de 15 de junio de 2022) ha afirmado lo siguiente: «(...) b) En la interpretación del testamento ha de estarse a su literalidad, y a las palabras ha de otorgárselas el sentido que de ellas se desprende. c.) Ante una posible duda, esta ha de decidirse a favor del que se halle obligado a ejecutar la disposición –los herederos en este caso–, dado que el obligado debe entenderse obligado a lo menos. Del mismo modo, y por razón del criterio antes expuesto, en caso de existir duda sobre lo legado, la interpretación ha de hacerse a favor del que debe cumplir dicho legado. d.) Son los herederos, cuando lo son “in locus et in ius”, quienes han de realizar en primer término esa labor interpretativa».

Como expresa la citada Resolución de 15 de junio de 2022, según este Centro Directivo, «serán todos los llamados a una sucesión –y no solo algunos de ellos– los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador, y, a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los tribunales de Justicia. Según doctrina reiterada de ese Centro Directivo, es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencialmente, podrá también el albacea, máxime si en él, además confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador. Y, por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los tribunales de Justicia decidir la posibilidad de cumplimiento de la voluntad del testador y su alcance interpretativo, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al tribunal de Instancia». Y también añade que la Resolución de 23 de octubre de 2020 «pone de relieve que, tratándose de una cuestión de interpretación, “la privación del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso, provoque su pérdida de eficacia ya sea total o parcial; y ello porque el

principio de salvaguarda judicial de los derechos (artículo 24 de la Constitución) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (artículo 658 del Código Civil), hace necesario que sea una declaración judicial la que prive de eficacia al testamento, y no sea uno de los interesados en la herencia quien lo decida»».

4. En el concreto supuesto, ha realizado la interpretación de la disposición testamentaria el contador-partidor en el que concurre también la condición de albacea, quien, en principio, conforme la doctrina expuesta, puede llevarla a cabo. Ahora bien, la cuestión es si esa interpretación es efectiva por sí misma o debe ser supletoria de la que realicen los herederos.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo, «ante una posible duda, esta ha de decidirse a favor del que se halle obligado a ejecutar la disposición (...) son los herederos, cuando lo son “in locus et in ius”, quienes han de realizar en primer término esa labor interpretativa (...) En algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencialmente, podrá también el albacea, máxime si en él, además confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador».

Así, debe admitirse la interpretación del albacea contador-partidor como persona encargada de la ejecución de la disposición testamentaria, si bien en caso de interpretación contradictoria por los herederos –lo que no se ha producido–, corresponderá a los tribunales de Justicia dirimir la controversia.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación.

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

Madrid, 15 de noviembre de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.