

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**3463** *Resolución de 11 de enero de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Novelda, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional.*

En el recurso interpuesto por don D. D. P. J. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Novelda, doña María Teresa Rubio Quesada, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 8 de junio de 2007 por la notaria de Elche, doña Pilar Chofré Oroz, por el contador-partidor testamentario se protocolizaron las operaciones particionales causadas por el fallecimiento de don J. P. J. El causante había fallecido el día 5 de febrero de 2004 en estado de casado en segundas nupcias con doña M. M. S. B., dejando cuatro hijos de anterior matrimonio –doña M. D., don E. F., doña M. D. y doña A. J. P. S.– y varios nietos –doña A. L. B. P., hija de doña A. J. P. S., doña P. y doña M. A. P., hijas de doña M. D. P. S., y don E. y doña T. P. A., hijos de don E. F. P. S.–. Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento otorgado el día 26 de julio de 1994 ante el notario de Elche, don Pedro Ángel Navarro Arnal, en el cual: «1.ª) Reconoce y lega a sus hijos a partes iguales el tercio de legítima estricta, con sustitución vulgar en caso de premoriencia por sus descendientes respectivos. 2.ª) Lega a su esposa doña M. M. S. B., el usufructo vitalicio, sin fianza del tercio de mejora; y la nuda propiedad de dicho tercio, la lega a partes iguales a todos los nietos que el testador tenga, así los nacidos al tiempo del fallecimiento del testador, como los que nazcan después, incluso los que nazcan después del fallecimiento de la usufructuaria, con sustitución vulgar de los que fallecieron por sus respectivos descendientes. 3.ª) Instituye heredera del tercio de libre disposición a su esposa doña M. M. S. B., con el carácter de heredera fiduciaria, con facultad de disposición de los bienes por actos *inter vivos* y a título oneroso. Respecto de los bienes que quedaren al fallecimiento de la heredera fiduciaria, por no haber dispuesto de ellos en la forma expresada, nombra herederos fideicomisarios de residuo, a partes iguales, a todos los nietos que el testador tenga, tanto los nacidos al tiempo de su fallecimiento como los que nazcan después, incluso los que nazcan después del fallecimiento de la fiduciaria con sustitución vulgar de los que fallecieron por sus respectivos descendientes. Si la heredera fiduciaria, falleciera antes que el testador [...] 4.ª) Si al fallecimiento de la usufructuaria y heredera fiduciaria no fuere posible determinarse los nudo propietarios y herederos fideicomisarios se pondrán el legado y la herencia en administración conforme al artículo 802 y siguientes del Código Civil. 5.ª) Nombra Albacea, Contador-Partidor, por el plazo legal y prórroga de dos años más y con todas las facultades legales, incluso la de entrega de legados y legítimas, a don F. J. S. E.».

El Albacea Contador-Partidor fue designado por el causante en su disposición testamentaria y su nombramiento prorrogado por auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elche de 18 de abril de 2007.

En el cuaderno particional, se hicieron las siguientes adjudicaciones: a los hijos por su legítima estricta, por cuartas e iguales partes, la mitad de determinados bienes del inventario; a la viuda por su legado de usufructo viudal, diversos bienes del inventario en plena propiedad y algunas deudas del pasivo a los efectos de compensación del valor de

los bienes del activo adjudicados; a la viuda, en concepto de heredera fiduciaria, la mitad de determinados bienes del inventario, con «plena facultad de disposición de los bienes adjudicados»; la adjudicación a los nietos, «queda sujeta a reserva de los nietos del causante que pudieran nacer», hasta el cumplimiento del término suspensivo del fallecimiento de los hijos del causante.

Incoado procedimiento judicial de *interpellatio in iure* y finalización del albaceazgo, posteriormente, mediante auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elche, de fecha 5 de febrero de 2008, se acordó el término del cargo de albacea contador-partidor, se dictó archivo de actuaciones y se remitió a las partes a «la división judicial de la herencia»; recurrido este, mediante auto de fecha 12 de diciembre de 2008 de la Audiencia Provincial de Alicante, se confirmaba la denegación de prórroga del cargo de Albacea Contador-Partidor, y respecto a la *interpellatio in iure* resulta de su fundamento primero lo siguiente: «Limitada la petición inicial del recurrente a la interpelación judicial de aceptación o renuncia de la herencia [...] La parte recurrente promotora del expediente basa su impugnación en que debió dictarse resolución en la instancia por la que se tuviese por aceptada la herencia por los interpelados [...] no procediendo el archivo [...] el apercibimiento al que se refiere el artículo 1005 acarrea la consecuencia de que la herencia se tenga por aceptada salvo renuncia expresa (...)» y en la parte dispositiva dispone: «declarando que se entiende aceptada la herencia».

## II

Presentada la referida escritura en sucesivas ocasiones en el Registro de la Propiedad de Novelda y, tras sus subsanaciones, definitivamente el día 25 de agosto de 2022, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Entrada núm.: 34 del año: 2022.  
Asiento núm.: 1218 Diario: 188.  
Presentado el 04/01/2022 a las 12:48:03.

Calificación de la escritura de protocolización de cuaderno particional, otorgada en Elche el ocho de junio de dos mil siete, ante la notaria doña Pilar Chofré Oroz, número 3.044 de protocolo, presentada en esta Oficina en unión de los certificados de defunción del Registro Civil de Elche, del Registro General de Actos de Última Voluntad, y de copia autorizada del testamento otorgado en 26 de julio de 1994, ante el notario don Pedro Ángel Navarro Arnal, número 1.901 de protocolo, respecto del causante don J. P. J., y en unión de una escritura de aceptación o ratificación otorgada en Elche el 9 de septiembre de 2021, ante el notario don José Luis Fernández Álvarez, número 1.518 de protocolo; a las 12:48 horas del día cuatro de enero de dos mil veintidós, según asiento 1.218 del diario 188, suspendida la calificación con fecha 4 de octubre de 2021 y 19 de enero de 2022, aportada documentación complementaria con fecha 17 de febrero de 2022, suspendida la inscripción con fecha 08 de marzo de dos mil veintidós y aportada documentación complementaria el día veintinueve de abril de dos mil veintidós, suspendida la inscripción con fecha dieciséis de mayo de dos mil veintidós y aportada documentación complementaria el día veintisiete de mayo de dos mil veintidós, suspendida la inscripción nuevamente en fecha quince de junio de dos mil veintidós, y ahora con fecha veinticinco de agosto de dos mil veintidós. se aporta Acta de Notoriedad del Notario de Novelda. Don Carlos Javier Llorca Martínez. de fecha nueve de agosto de dos mil veintidós. número 823 de protocolo. y escrito presentado por don D. D. P. J. (como presentante). con una serie de alegaciones a la calificación anterior.

La Registradora de la Propiedad firmante, previo examen y calificación de la misma de conformidad con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes de su

Reglamento, ha resuelto volver a suspender su inscripción en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos.

En el documento comparece don F. J. S. E., en su calidad de albacea y contador partidor designado por el causante en su testamento, y protocoliza el cuaderno particional por él firmado con fecha 15 de marzo de 2007, de la herencia por fallecimiento de don J. P. J., el cual falleció casado en segundas nupcias con doña M. M. S. B. sin descendencia de este matrimonio, y con cuatro hijos de su anterior matrimonio llamados: M. D.; E. F.; M.D. y A. J. P. S.; dicho documento se calificó negativamente el día ocho de marzo de dos mil veintidós, a cuyos hechos y fundamentos me remito y doy por reproducidos en la presente calificación; en síntesis los obstáculos para la inscripción eran dos:

1. No se acredita de modo fehaciente que las personas intervinientes en la escritura que se califica en unión de la escritura de ratificación citada, sean las únicas interesadas en la herencia. este defecto se subsana con el acta de notoriedad ahora presentado, por lo que no se reitera en la presente calificación.

2. Las adjudicaciones verificadas por el contador partidor exceden de lo meramente particional ya que no se limita a adjudicar los bienes en la forma dispuesta por el causante en su testamento, sino que realiza lotes en función del avalúo de tales bienes y procede a su adjudicación, verificándose por tanto actos de carácter traslativo y no meramente particional, por lo que faltaría el consentimiento de los herederos del causante para la adjudicación practicada en el citado cuaderno particional al no adjudicarse en la forma dispuesta por el testador.

Este defecto se mantiene. ya que de la documentación presentada no resulta acreditada dicha ratificación o consentimiento de algunos de los herederos a la partición efectuada por al albacea- contador partidor, ya que de un lado se acompaña escritura de ratificación de algunos de los herederos, pero en concreto no comparecen ni los hijos del causante: doña M. D.; don E. F.; doña M. D. y A. J. P. S.; ni una nieta doña A. L. B. P., y tampoco la viuda doña doña [sic] M. S. B. Y dado que, tal como consta en anteriores calificaciones, la partición efectuada por el contador no se ajusta a lo dispuesto por el testador en el testamento (que atribuye una tercera parte a los hijos por legítima estricta, una tercera parte a los nietos en nuda propiedad por mejora cuyo usufructo corresponderá a la viuda por legítima, y una tercera parte de libre disposición a favor de la viuda como heredera fiduciaria con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los nietos); ya que se realizan una serie de lotes con los diversos bienes existentes atribuyéndolos a unos y otros herederos pero sin que resulte acreditado que dichas adjudicaciones se ajusten a las disposiciones testamentarias; por ello resulta necesario la ratificación de lo actuado por los herederos según doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que se expondrá a continuación.

No obsta a ello el Auto núm. 323/08 de 12 de diciembre de la Audiencia Provincial de Alicante Sección Y así como la resolución de instancia cuyo pronunciamiento revocó parcialmente, resulta que el Auto del Juzgado de primera Instancia núm. 3 de Elche de cinco de febrero de 2008 dado en los autos de jurisdicción voluntaria 1111/2007, que fue objeto de impugnación ante la citada Audiencia Provincial, que se acompaña y que cita el presentante en su escrito de alegaciones, ya que en el referido Auto no consta aprobada judicialmente la partición efectuada por el contador, como erróneamente señala el presentante en su escrito, sino que únicamente declara que se tenga por aceptada la herencia de don J. P. J., manteniendo y confirmando la denegación de prórroga al albacea y sus efectos para el albaceazgo. Es decir declara la aceptación de la herencia a los efectos del artículo 1005 del Código Civil (redacción entonces vigente); más no se pronuncia sobre la partición.

Por lo que, al no haberse subsanado uno de los defectos que se indicaron en la primera nota de calificación, resuelvo suspender nuevamente la inscripción en base a los siguientes:

Fundamentos de Derecho.

Según doctrina reiterada de la Dirección General que cuando el contador partidor se excede de lo meramente particional, su actuación requerirá el consentimiento o ratificación de todos los interesados en la herencia. No siendo aplicables a este caso las resoluciones que cita el presentante en su escrito en cuanto a que la falta de aceptación o consentimiento de los herederos no es obstáculo para la inscripción, ya que se están refiriendo a supuestos de hecho diferentes, en concreto supuestos en que el contador realiza las operaciones tal como establece el testador en su testamento; esto sería en este caso adjudicar los bienes en cuanto a una tercera parte a favor de los hijos por su legítima estricta, en cuanto a una tercera parte en usufructo a la viuda por legítima y en nuda propiedad a los nietos habidos y por haber en concepto de mejora, y en cuanto a la restante tercera parte a la viuda como heredera fiduciaria con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los nietos habidos y por haber. Sin embargo el contador no realiza las adjudicaciones tal como señaló el testador sino que se han hecho lotes que no se ajustan a la disposición testamentaria antes referida, así a los hijos se les adjudica por cuartas partes la mitad de los bienes inventariados con los números 9 y 12, registrales núm. 3049 y 8054 de este Registro; a la viuda el pleno dominio de los bienes inventariados con los números 3 a 8 y 10, 11 y 13 del activo, fincas inscritas todas ellas en este Registro, el usufructo vitalicio de la finca I, y todo el pasivo; y como heredera fiduciaria la mitad indivisa de las fincas 9 y 12 con plena facultad de disposición, y siendo fideicomisarios a su fallecimiento de lo que quede los nietos.

En cuanto a los nietos según el escrito de alegaciones del presentante, consta adjudicado en el apartado sexto un lote, sin embargo en el cuadernillo tal como ha sido incorporado (esto es parcialmente) no consta la adjudicación de lote alguno (a excepción de la sustitución fideicomisaria en los bienes citados) a favor de los nietos; ya que no consta el cuadernillo en su integridad. Sin embargo y en cualquier caso ello no obstaría a la calificación efectuada pues siguen siendo adjudicaciones que no se ajustan estrictamente a lo dispuesto por el testador en su testamento.

Alega el presentante en su escrito que dado que el procedimiento 11/2007 en el cual se dictó el antes citado Auto 323/2008 de la Audiencia provincial de Alicante, fue seguido con todos los herederos, la herencia se tiene por aceptada por ellos. Sin embargo el hecho de que la herencia se tenga por aceptada no se discute en la presente calificación, de hecho se pone de manifiesto en la anterior nota de calificación, ya que precisamente el fallo de dicho Auto es este, tener por aceptada la herencia conforme al artículo 1005 del Código Civil, y denegar la prórroga del albacea; si bien ello en modo alguno implica aceptar las operaciones particionales verificadas por el contador partidor. El presentante a lo largo de todo su escrito, en diversos párrafos al citar dicho Auto, confunde reiteradamente la herencia con la partición, y es muy distinto aceptar la herencia (artículo 1005 del Código Civil) y aceptar una concreta partición.

De todo ello resulta claramente que las adjudicaciones verificadas exceden de lo meramente particional ya que no se limitan a adjudicar los bienes en la forma dispuesta por el causante en su testamento, sino que realiza lotes en función del avalúo de tales bienes y procede a su adjudicación, verificándose por tanto actos de carácter traslativo y no meramente particional; por lo que, al tratarse de un contador partidor testamentario (y no dativo en cuyo caso requeriría aprobación judicial conforme al artículo 1057 del Código Civil), se considera necesario el consentimiento de los herederos del causante

para la adjudicación practicada en el citado cuaderno particional. De [sic] En este sentido se ha pronunciado en las siguientes resoluciones entre otras:

– Resolución de 29 de enero de 2013 que afirma que: la valoración del contador-partidor respecto del legado, es claramente extralimitada respecto de la función de contar y partir, e incluso de interpretar el testamento.

– Resolución de 13 septiembre de 2021: El contador partidor debe sujetarse en la partición a las disposiciones testamentarias. En otro caso será necesaria la ratificación de lo actuado por todos los interesados o en su defecto la correspondiente resolución judicial.

Contra esta calificación negativa podrá, sin perjuicio de acudir a los Tribunales de Justicia para contender entre sí sobre la validez o nulidad del título: [...]

Novelda fecha de la firma electrónica La registradora María Teresa Rubio Quesada Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por María Teresa Rubio Quesada registrador/a de Registro Propiedad de Novelda a día ocho de septiembre del dos mil veintidós.»

### III

Contra la anterior nota de calificación, don D. D. P. J. interpuso recurso el día 14 de octubre de 2022 mediante escrito en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

«Primero. Inexistencia de extralimitación en la partición efectuada por el Albacea-Contador-Partidor.

1.1 La formación de lotes es una acción particional.

En la Resolución de suspensión impugnada, la Registradora de la Propiedad afirma que “las adjudicaciones verificadas exceden de lo meramente particional ya que no se limitan a adjudicar los bienes en la forma dispuesta por el causante en su testamento, sino que realiza lotes en función del avalúo de tales bienes y procede a su adjudicación, verificándose por tanto actos de carácter traslativo y no meramente particional”.

Es decir, uno de los puntos sobre los que ha de pronunciarse el Centro Directivo al que me dirijo es si la realización de lotes en función del avalúo de los bienes y su adjudicación es un acto de carácter particional o, como sostiene la Registradora de la Propiedad en la calificación impugnada, se trata de un acto de carácter traslativo y no particional.

El ahora recurrente considera que el criterio mostrado por la Registradora no puede ser compartido teniendo en cuenta que la formación de lotes, con su correspondiente valoración y su adjudicación son operaciones de partición, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1061 y 1062 del Código Civil.

En idéntico sentido, considero que dicha interpretación entra en conflicto con la doctrina sentada por esta DGRN en interpretación de los preceptos mencionados, entre otras, en la reciente Resolución núm. 6359/2020 de 17 de enero, donde se concluye que la formación de lotes y su adjudicación es un presupuesto básico de la partición:

“Delimitado lo que propiamente debe resolverse en este expediente (no otra cosa que la concreta adjudicación realizada respecto de una determinada finca, radicada en un concreto Registro), debe tenerse en cuenta que, como ha afirmado reiteradamente esta Dirección General (cfr., las Resoluciones de 18 de mayo de 2012 y 22 de julio de 2016, con criterio también mantenido en la de 4 de octubre de 2017), con referencia a las funciones del contador-partidor pero aplicable también a este caso, dada la presencia de un defensor judicial: ‘Ciertamente, la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida; y es presupuesto básico de la partición hereditaria que, siendo posible, deban formarse lotes iguales o proporcionales no sólo cuantitativa, sino también

cualitativamente (cfr. artículos 1061, 1062, 1056 y 841 y siguientes del Código Civil)'. No obstante, esta Dirección General también ha puesto de relieve reiteradamente que 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, 14 de abril de 2005 y 16 de septiembre de 2008, entre otras); y que esa regla leal de la posible igualdad –que según la doctrina jurisprudencial no exige igualdad 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 en 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).”

Además, cabe reproducir por su interés un extracto de la Resolución núm. 16922/2021 de 13 de septiembre, citada por la Registradora en la resolución impugnada, conforme a la cual:

“como ya se apuntó en la Resolución de 24 de marzo de 2001, que 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 particionales de inventario del activo y 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– por las otras las facultades legales si también es albacea y por las demás que le fueren atribuidas testamentariamente), es válida y produce todos los efectos que le son propios mientras no se impune judicialmente, de forma que sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador debiendo estarse, mientras tanto, a la partición realizada por éstos.”

1.2 La partición efectuada por el Albacea-Contador-Partidor se ajusta a las disposiciones testamentarias. No concurren los presupuestos que permiten su valoración por la Registradora de la Propiedad. La calificación efectuada por la Registradora de la Propiedad establece la necesidad de aceptación de la partición por parte de los herederos por considerar que ésta no “se ajusta estrictamente” a las disposiciones testamentarias.

A este respecto, llega afirmarse en la Resolución objeto de impugnación que “no se acredita” que las calificaciones efectuadas por el Albacea-Contador-Partidor se ajusten “estrictamente” a las disposiciones testamentarias. Obvia así que no corresponde al solicitante de esta inscripción “acreditar” que la partición de ajusta a la legalidad.

El Centro Directivo al que me dirijo, entre otras, en la Resolución de 30 de abril de 2014, reiterada posteriormente, ha establecido que serán todos los llamados a una sucesión 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.

Así pues, según doctrina reiterada de este Centro Directivo, 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.

De ahí que, en tanto la facultad de interpretar el testamento para determinar cuál fue la voluntad del causante corresponde, entre otros, al albacea contador-partidor designado y su revisión a los tribunales de instancia, esta DGRN venga exigiendo que las operaciones llevadas a cabo por el albacea-partidor-contador sean “palmariamente

contrarias” a los límites marcados para que pueda efectuarse mención a esta cuestión por parte del Registrador.

En este sentido, las amplias facultades interpretativas del Albacea-Contador-Partidor testamentario poseen límites claros: no contradecir la voluntad del causante, no infringir normas imperativas, como las que protegen las legítimas, y no exceder en su actuación de lo particional, pues en ese caso, como bien apunta la Registradora, los actos de naturaleza dispositiva deben ser consentidos por los herederos, como regla general.

A este respecto, cabe destacar la doctrina reiterada por esta DGRN, entre las más recientes podemos citar la Resolución núm. 16922/2021, que afirman que sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador y, en tanto no sea así, hay que estar a la partición efectuada; mientras que, entre las más antiguas, cabe reproducir un extracto de la Resolución de la DGRN de 16 de septiembre de 2008:

“Limitado necesariamente el presente recurso a los defectos puestos de manifiesto por el registrador en su nota de calificación (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria debe determinarse si está o no fundada en Derecho la suspensión de la inscripción que dicho funcionario calificador basa en que, a su juicio, la adjudicación que el contador partidor realiza del único bien a favor de uno de los herederos, que acepta dicha adjudicación. ‘es un acto que excede de lo meramente particional, y por tanto de carácter dispositivo que no puede hacer por sí solo el contador-partidor, por el posible perjuicio que puede generar la legítima de los herederos forzosos’, por lo que es necesario que todos de los herederos presten su consentimiento formal a las operaciones particionales.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 27 de diciembre de 1982, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio de 2003, 13 de octubre de 2005 y 20 de julio de 2007) que 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.

Esas funciones se concretan en la ‘simple facultad de hacer la partición’ (cfr. artículo 1057 del Código Civil). Ciertamente, la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida; y es presupuesto básico de la partición hereditaria que, siendo posible, deban formarse lotes iguales o proporcionales no sólo cuantitativa sino también cualitativamente (cfr. artículos 1061, 1062, 1056 y 841 y siguientes del Código Civil). No obstante, esta Dirección General también ha puesto de relieve reiteradamente que 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 igualdad 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 en 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.”

De los hechos 6.º y 7.º del presente escrito solo es posible concluir que las circunstancias exigidas por esta DGRN para que la Registradora pueda pronunciarse sobre esta cuestión no concurren en el presente caso. Basta con acudir a los lotes y a su valoración para apreciar que se formaron lotes proporcionales cualitativamente e iguales cuantitativamente, en los términos de los artículos 1061 y 1062 del Código Civil.

Sin ánimo de entrar a analizar la partición efectuada, es preciso señalar que ésta respeta las facultades del Albacea-Partidor-Contador y las disposiciones testamentarias: los bienes fueron objeto de valoración por un perito capacitado al efecto, los lotes fueron configurados atendiendo al principio de igualdad y la atribución entre los herederos se

hizo conforme a la disposición de los tercios efectuada por el testador, como evidencian los hechos 4.º a 8.º del presente recurso.

Es llamativa, a su vez, la ausencia de mención en la resolución impugnada al valor de los lotes, pues la calificación impugnada cuestiona que se respetaran las legítimas en la partición y el criterio cuantitativo evidencia que sí se respetó.

De la escueta fundamentación ofrecida por la Registradora en la resolución impugnada parece deducirse que su valoración de la partición obedece a que no se atribuye un tercio de cada uno de los bienes a cada grupo de herederos contemplado en el testamento (hijos, viuda y nietos).

Las disposiciones testamentarias no establecen que deba ser así, tratándose, además, de una posición manifiestamente contraria a la doctrina de la DGRN, pues las resoluciones citadas hasta ahora evidencian que “es presupuesto básico de la partición hereditaria que, siendo posible, deban formarse lotes iguales o proporcionales no sólo cuantitativa sino también cualitativamente (cfr. artículos 1061, 1062, 1056 y 841 y siguientes del Código Civil)”. Máxime en una partición complicada como esta, véase el hecho 82 del presente escrito.

A este respecto, la Resolución núm. 11070/2013 de 30 de septiembre concluye incluso que el albacea contador-partidor, además de contar y partir, tiene funciones interpretativas del testamento:

“Por otra parte el albacea contador-partidor, además de contar y partir, tiene unas funciones de interpretación del testamento y ejecución de la voluntad del causante que van más allá de la de la estricta división del caudal. [...]

Lo primero es la propia cláusula testamentaria en la que se designan albaceas solidarios ‘con las más amplias facultades’. [...]

En consecuencia, las circunstancias concurrentes llevan a entender que en el supuesto de hecho planteado entraba en las funciones del albacea contador-partidor, designado con las más amplias facultades por el testador, la inclusión en el cuaderno particional de los pisos concretos entregados a cada uno de los herederos en ejecución de la voluntad del causante procedentes de una permuta de solar por obra futura y de una división horizontal existente con anterioridad a su fallecimiento, determinación que deben ser considerada como un acto meramente instrumental para llevar a cabo la partición.”

Sin perjuicio de lo anterior, en ningún caso cabría calificar la partición de “palmariamente contraria” a las legítimas o a las disposiciones testamentarias, que es el presupuesto exigido por esta DGRN para que la Registradora pudiera objetar la inscripción de la misma, en tanto la propia Registradora afirma que la partición “no se ajusta estrictamente” o “de manera estricta” a las disposiciones testamentarias, por cuanto la objeción formulada es de una intensidad “limitada” y, por tanto, la revisión carecería del presupuesto básico que la habilite.

La valoración reproducida genera, además, inseguridad jurídica al impedir conocer el alcance del pretendido incumplimiento, pues un acto se ajusta o no a lo dispuesto en una disposición, mientras que si no se “ajusta estrictamente” cabe pensar que no se trata de un incumplimiento *stricto sensu*.

Es preciso destacar que la escritura objeto de calificación negativa fue previamente valorada por el Registrador de la Propiedad que precedió a la actual Registradora, D. Manuel Colomina, sin que formulara objeción alguna respecto a la validez de la partición efectuada por el albacea contador-partidor. Tampoco fue percibida la pretendida extralimitación por parte de la Notaría, doña Pilar Chofré, cuando autorizó la elevación a público del cuaderno particional o por parte del Notario, don Luis Olagüe, cuando analizó la validez del título para otorgar la escritura de compraventa de las fincas, cuya inscripción se pretende en el presente expediente. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Elche y la Sección de la Audiencia Provincial tampoco efectuaron tal objeción en el marco de la *Interpellatio In lure* sobre el cuaderno particional de la herencia de don J. P. J.

Mención especial merece que la Resolución impugnada, tras reiteradas calificaciones negativas por la falta de adjudicación de lote alguno a los nietos, apunte ahora a que la escritura aportada está incompleta. Lo cierto es que el recurrente dispone de una copia de la copia autorizada de la escritura que facilitó para la inscripción y se encuentra completa, por cuanto desconozco qué podría haber sucedido para que se diera tal circunstancia, pero sí considero que, de ser así, debió dar lugar a un emplazamiento para subsanarla, en lugar de a una cuarta calificación negativa.

En consecuencia, atendiendo a lo expuesto, la partición efectuada por el Albacea-Contador-Partidor, en el ejercicio de las facultades amplias que le fueron conferidas testamentariamente, no excede “lo meramente particional” y se encuentra dentro de la legalidad, suponiendo la calificación de la Registradora de la Propiedad una extralimitación de su ámbito propio de actuación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley de Hipotecaria, habida cuenta de la existencia de una resolución judicial que declaró la aceptación de la herencia sobre el cuaderno particional y la ausencia de impugnación judicial de ésta por parte de los herederos en los quince años transcurridos desde aquélla.

En cualquier caso y a efectos de mayor abundamiento, la falta de aceptación de la herencia por los herederos no priva de eficacia la partición efectuada por el Albacea-Contador-Partidor con facultades amplias (como el actuante en el presente expediente), de conformidad con la Resolución de la DGRN de 17 de diciembre de 1995:

“Las operaciones particionales practicadas por los albaceas crean un estado inalterable de derecho, de tal manera que para impugnar las posibles extralimitaciones en que hubiera podido incurrir será necesario acudir a la vía judicial, a fin de que los Tribunales sean quienes decidan sobre la recta o desacertada interpretación del testamento.”

De tal manera que la exigencia de consentimiento de los herederos en relación con la partición para proceder a la inscripción del título solicitada excede el ámbito de la documentación que la Registradora puede exigir para efectuar el análisis de calificación en los términos del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Segundo. Existencia de aceptación del cuaderno particional de la herencia de D. J. P. J. por parte de los herederos.

Entiendo que es manifiesta y notoria la aceptación de la partición efectuada por parte de los herederos, derivada de los hechos descritos en el presente recurso:

– Los hechos 2.º y 8.º evidencian la aceptación de la herencia y de la partición efectuada por parte de la viuda, quien dispuso de los bienes que le fueron adjudicados transmitiéndolos.

– Los hechos 10.º y 14.2.º evidencian la aceptación de la herencia y de la partición efectuada por parte de los nietos que eran menores de edad entonces, quienes alcanzada la mayoría de edad ratificaron la declaración de aceptación judicial a la que sometieron a sus representantes legales, al ser interpelados en el expediente de jurisdicción voluntaria, para disipar cualquier posible duda respecto a la validez de aquélla.

– El hecho 14.2.º evidencia la aceptación de la herencia y de la partición por parte de los hijos del testador y de la nieta mayor de edad, por medio de resolución judicial.

Todo ello, sin perjuicio de la existencia de otros actos de los herederos de los cuales solo es posible concluir la aceptación de la partición efectuada por el albacea, como evidencia el hecho 14.3.º

A este respecto, es incuestionable que la declaración de aceptación de herencia contenida en el Auto núm. 323/08 de 12 de diciembre, de la Sección de la Audiencia Provincial de Alicante se efectuó en relación con la partición de la herencia llevada a cabo por el Albacea-Contador-Partidor.

No es posible compartir la valoración efectuada por la Registradora de la Propiedad, según la cual quien suscribe “confunde reiteradamente la herencia con la partición, y es muy distinto aceptar la herencia (artículo 1005 del Código Civil) y aceptar una concreta partición”.

Si bien es cierto lo apuntado por la Registradora y no es lo mismo aceptar la herencia que la partición, no es menos cierto que el objeto del expediente de jurisdicción voluntaria núm. 1111/2007, iniciado por el Albacea-Contador-Partidor, era la “Interrogatorio *In Iure* del cuaderno particional de la herencia de D. J. P. J.”, como refleja el Antecedente de Hecho primero del Auto de 5 de febrero de 2008, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Elche.

Estos hechos no son controvertidos en el presente expediente, en tanto son reconocidos por una resolución judicial firme e inatacable.

Por tanto, el pronunciamiento de aceptación de herencia contenido en el Auto núm. 323/08, de 12 de diciembre, de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante se debe entender referido a dicho objeto.

En este sentido, en una herencia con múltiples herederos es imprescindible la aceptación de cada uno que adquiere así una cuota de la comunidad del patrimonio relicto que es la herencia y pasa a ser coheredero de ella. La comunidad hereditaria es incidental y temporal, nace sin la voluntad de los comuneros, por el sólo hecho de que son varios, de que hay “coherederos”, y sólo subsiste durante un plazo que puede establecer el testador y cuya duración máxima, improrrogable, es de diez años.

Vencido el plazo que se hubiere establecido, tal comunidad hereditaria incidental ha de extinguirse para que cada uno de los coherederos logre el que es objetivo final de la sucesión, que el sucesor adquiera en definitiva unas relaciones jurídicas determinadas, activas y pasivas de las que formaban el caudal relicto por el causante.

En la extinción han de convenir todos los miembros de la comunidad o coherederos y, una vez extinguida la comunidad, mediante un acto de división o particional, reemplaza el valor de la cuota que en ella tiene cada coheredero por el de la titularidad de las referidas relaciones que se le atribuyan. No obstante, en el caso de la partición efectuada por Albacea-Contador-Partidor testamentario, la partición queda en manos de éste y para su eficacia exige que se acredite que los que en ella resultan adjudicatarios formaban parte de la comunidad hereditaria. A este respecto, cabe señalar que no parece que haya persona alguna que pueda estar más interesado que el contador-partidor en saber quiénes son aquéllos en los que van a recaer los efectos de la partición.

Ello implica que para asegurar la validez y eficacia del cuaderno particional la prudencia recomienda vivamente al Albacea-Contador-Partidor testamentario que se asegure de que el cuaderno va a producir sus efectos practicando la que llamamos *interpellatio in iure*, ahora notarial del artículo 1005 del Código Civil.

Basta con analizar en qué situaciones de hecho puede iniciarse la *interrogatio* o *interpellatio in iure*, pues procede cuando, una vez fallecida una persona, son conocidos los llamados a su herencia y existe algún interesado en que se haga la partición (ya sea, como veremos, heredero, acreedor del causante, etc.).

En este caso, para poder practicar la división y adjudicación de los bienes es necesario que los llamados como herederos a la herencia manifiesten si quieren o no aceptarla y, en caso afirmativo, si lo hacen pura y simplemente, o a beneficio de inventario. Nótese que abierta y deferida la sucesión, si no existiera la efectiva voluntad del llamado respecto a la aceptación o repudiación de la herencia, la herencia flota o yace, entrando en una situación interina, en la que no existe un titular definitivo de los bienes:

1. Los bienes ya no pertenecen al difunto, cuya personalidad quedó extinguida por su muerte (artículo 32 Código Civil).
2. Tampoco pertenece el patrimonio de los herederos llamados, quien –por el momento– aún no se ha pronunciado respecto a si va a aceptar o repudiar la herencia.

3. Respecto a la herencia en sí misma, como no es sujeto de derecho, carece de personalidad jurídica y tampoco puede ser titular de los bienes.

Desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, el artículo 1.934 Código Civil –en sede de prescripción– parece referirse a esta situación de la “herencia” con las palabras “antes de haber sido aceptada” y “durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar”.

Se trata de una situación transitoria o interina, pues el destino final de la herencia es su adjudicación a algún interesado, y consumarse así el fenómeno sucesorio, pero, de facto, no hay partición y ello puede deberse tanto a la voluntad del heredero llamado o la comunidad hereditaria, como al bloqueo de la situación por la voluntad de algún heredero rebelde o interesado; y todo ello, al margen de las consideraciones de la herencia yacente, por las normas fiscales, como una unidad económica o patrimonio separado, o que el Tribunal Supremo la contemple como una comunidad de interesados en el caudal relicto, atribuyéndole legitimación pasiva en el ámbito procesal.

En definitiva, es evidente la finalidad desbloqueadora de la *Interpellatio In Iure* como instrumento efectivo a utilizar para requerir la manifestación de voluntad del heredero respecto a su aceptación o renuncia de la herencia a que ha sido llamado.

Esto y no otra cosa es lo sucedido en el presente caso, donde consta la elevación a público del cuaderno particional por parte del Albacea-Contador-Partidor testamentario y la posterior *interpellatio in iure* sobre “el cuaderno particional de la herencia de D. J. P. S.” cuya finalidad no era otra que garantizar la eficacia de la partición entre los herederos, respecto a los que se declaró aceptada la herencia y lograr el objetivo final de la sucesión: que los sucesores adquieran las relaciones jurídicas, activas y pasivas, que formaban el caudal relicto del causante.

En atención a lo expuesto, la declaración de aceptación de herencia se ha de tener por efectuada sobre la base del cuaderno particional, sin que el uso de la fórmula “aceptación de herencia” prevista en el artículo 1.005 del Código Civil deba llevar a una interpretación formalista y limitada de su contenido.

En este sentido, el propio Auto núm. 323/08 de la Sección de la Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico primero, aclara que la interpelación de aceptación o renuncia de la herencia no debe de interpretarse en el sentido ordinario de la palabra de contienda entre las partes, sino en el más amplio de intervención de la autoridad judicial, que en supuestos de interpelación judicial como la prevista en el precepto citado debe encauzarse por la vía del procedimiento de jurisdicción voluntaria al no estar empeñada aún cuestión alguna entre las partes afectadas; y concluye declarando la aceptación de la herencia por parte de los herederos identificados.

En relación con la existencia de consentimiento de todos los herederos, cabe señalar que la *interpellatio in iure*, por definición propia, se dirige contra los herederos que no se han manifestado respecto a la herencia. En la resolución judicial constan debidamente identificados: los cuatro hijos (doña M. D. P. S., D. E. F. P. S., doña M. D. P. S. y doña A. J. P. S.); la única nieta mayor de edad nen [sic] el momento de la partición, doña A. L. B. P.; D. M. A. M., padre de doña P. y doña M. A. P., en su condición de representante legal sin conflicto de interés en la causa; y doña M. T. A. G., madre de D. E. y doña M. T. P. A., en su condición de representante legal sin conflicto de interés en la causa.

La ausencia de la viuda en el expediente obedece únicamente a que ésta sí había aceptado la herencia y la partición previamente.

En este punto, es preciso destacar que el Auto dictado en primera instancia fue revocado por el Auto núm. 323/08 de 12 de diciembre, de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante porque acordaba el término del albaceazgo y el archivo de las actuaciones, remitiendo a los herederos al juicio que correspondiera para la división de la herencia, sin dar así respuesta a la petición efectuada por el Albacea-Contador-Partidor y que no era otra que el Interrogatorio *In Iure* a los herederos sobre el cuaderno particional de la herencia de D. J. P. J.

La posición de la Registradora no es asumible habiendo concluido un expediente jurisdiccional cuyo objeto es la “*Interpellatio In Iure* sobre el cuaderno particional de la

herencia de D. J. P. J.", supondría tener por prorrogada la situación de interinidad de la comunidad hereditaria por encima del periodo de los 10 años previsto legalmente.

*Ad abundantiam*, procede puntualizar que los hechos 3.º, 4.º 14.2.º y 3.º evidencian que la partición fue realizada por el Albacea-Contador-Partidor y elevada a público durante la vigencia de su nombramiento, al igual que la solicitud del inicio del expediente de jurisdicción voluntaria se efectuó durante la vigencia del mismo, por cuanto nada cabe objetar respecto a las facultades de éste en relación con dichos actos.

En consecuencia, constando el consentimiento de los herederos, bien por resultar así de sus propios actos, bien por la declaración de aceptación efectuada por el órgano jurisdiccional, no cabe efectuar una nueva exigencia de consentimiento a los herederos para la inscripción, máxime cuando existe una resolución firme que declara la aceptación de la herencia, de acuerdo con la partición contenida en el cuaderno particional elevado a público. La partición efectuada por el Albacea-Contador-Partidor posee en el presente caso igual valor que la efectuada por el mismo testador, sin que precise consentimiento de los herederos.

Cuarto [*sic*]. Extralimitación en la calificación efectuada por la registradora de la Propiedad.

La calificación negativa de la Registradora de la Propiedad excede el ámbito del examen de calificación, el cual debe limitarse al control de la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, la capacidad de los litigantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro, sin que pueda comprender tal función calificadora la realización de juicios subjetivos.

Al entrar a valorar los concretos lotes y adjudicaciones efectuados por el Albacea-Contador-Partidor, desechar la inscripción de la aceptación de la herencia constando pruebas irrefutables de la misma y exigir documentación adicional que no existe obligación de aportar por exceder el ámbito del examen de calificación, en los términos expuestos, la Registradora de la Propiedad está invadiendo un ámbito que escapa a la calificación registral y forma parte del examen jurisdiccional.

En este sentido, la Resolución de 24 de marzo de 2001 de la DGRN estableció que:

“Recurrida la calificación, el Presidente del Tribunal Superior estima el recurso entendiendo que sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad de lo ordenado por el testador y lo realizado por los contadores-partidores. El Registrador recurre el Auto presidencial. [...]

La nota de calificación del Registrador no puede mantenerse. La partición realizada por el contador-partidor es válida mientras no se impugne judicialmente, de forma que, como dice el Auto recurrido, sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse a la partición realizada por los contadores, tanto en la interpretación a la que llegaron respecto del legado de usufructo, como a la de que el otro legado no es de cosa determinada, sino de parte alícuota.”

En opinión de la Registradora estas resoluciones no son de aplicación por existir una extralimitación del Albacea-Contador-Partidor, pero lo cierto es que aún de haber tal extralimitación, el ámbito del examen de calificación no alcanzaría dichos extremos.

En el procedimiento registral no se ejerce una función de carácter judicial respecto del título presentado, 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 (por todas, las Resoluciones de 20 de diciembre de 2017 y de 2 de octubre de 2019 –respecto de venta en subasta notarial–).

En contra de lo considerado por la Registradora, la partición sí ha sido objeto de valoración por un órgano jurisdiccional, en los términos expuestos previamente.

La Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, 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 idéntico sentido, tampoco es aceptable relativizar el control efectuado por el Notario que autorizó la elevación a público de la partición, pues 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] (...)”.

De tal manera que en el presente caso ha de estarse a la partición efectuada por el albacea, habida cuenta de la existencia de una resolución judicial firme e inatacable, en virtud de la cual se declara la aceptación de la herencia para todos los herederos, con la salvedad de la viuda que procedió a ello motu proprio y el control efectuado por el Notario actuante en su momento.

En este sentido, al inscribir una resolución judicial, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, el Registrador de la Propiedad no exige, ni entra a valorar, en ningún caso todos y cada uno de los documentos que ha tenido a la vista dicha autoridad judicial para resolver el expediente, bastando la resolución a efectos de inscripción.

La reciente Resolución núm. 20349/2021, de 23 de noviembre, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, y la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017, establecieron que la función calificadora del registrador respecto a documentos expedidos por la autoridad judicial se limita a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Esta doctrina es igualmente predicable respecto a las resoluciones judiciales dictadas en el marco de expedientes de jurisdicción voluntaria.

En defensa de esta postura, es preciso citar la Resolución núm. 3741/2021, de 19 de febrero, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, relativa a la extensión de la cosa juzgada en el ámbito de la jurisdicción voluntaria:

“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–). [...].

Ahora bien, no se puede compartir el criterio de la registradora cuando niega que sea procedente tal nombramiento porque considera que no se trata de una verdadera

partición hereditaria y cuando también niega que la contadora-partidora pueda realizar la interpretación sobre la designación de uno de los herederos y sobre la identificación del bien legado.

Aun cuando en la escritura calificada lo que la contadora-partidora hace es, en realidad, adjudicar el bien objeto del legado, este acto tiene carácter particional y, además, en la misma escritura ratifica íntegramente otras adjudicaciones que constan en las escrituras que se reseñan en relación con la partición de la herencia de la causante. Asimismo, la interpretación sobre la designación de uno de los herederos y sobre la identificación del bien legado se enmarca en el ámbito de lo particional, razón por la que atañe al cumplimiento de la función de contadora-partidora. Y debe tenerse en cuenta que a tales cuestiones se ha extendido la decisión del notario en funciones de jurisdicción voluntaria al aprobar la partición, realizando una valoración que no puede reputarse irrazonable o incurso en error patente.”

En el ámbito del derecho registral rige el principio de conservación de la partición (Sentencias del Tribunal Supremo 562/2008, de 12 de junio; núm. 350/2015, de 16 de junio, y núm. 287/2016, de 4 de mayo), “en cuanto ello sea posible” (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 abril 1958, 13 octubre 1960, 25 febrero 1969); situación que no concurre cuando “por los partidores se margina la voluntad del testador, o se incide en defectos enormes o sustanciales con grave lesión económica para un heredero” (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 noviembre 1955, 29 marzo 1958, 31 mayo 1980, 30 marzo 1993, 31 octubre 1996); o como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 994/2002, de 22 de octubre, cuando “[...] los agravios patrimoniales son tan sustanciales y enormes que de otro modo, salvo la invalidez de la partición, no se pueden enmendar”.

A mayor abundamiento, es preciso destacar que la solicitud de aceptación a los herederos no solo es cosa juzgada material, sino que además podría dar lugar a una contradicción entre lo dispuesto por medio de resolución judicial y esa nueva eventual valoración de los herederos, afectando así a las situaciones jurídicas consolidadas conforme al sentido de ésta y a los derechos de los propios herederos.»

#### IV

Mediante escrito, de fecha 2 de noviembre de 2022, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. No fue posible la notificación de la interposición del recurso a la notaria autorizante del título calificado, dado el fallecimiento de la misma.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 675, 902, 903, 1057, 1059, 1060, 1061 y 1062 del Código Civil; 92 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 66 de la Ley del Notariado, introducido por la disposición final undécima 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 19 de septiembre de 2002, 13 de mayo, 21 de junio y 20 de septiembre de 2003, 31 de marzo y 23 de abril de 2005, 22 de marzo y 22 de junio de 2007, 7 de mayo y 14 de septiembre de 2009, 18 de mayo de 2012, 29 de enero de 2013, 30 de abril de 2014, 18 de julio de 2016, 19 de enero, 4 de abril, 22 de septiembre y 4 de octubre de 2017, 9 de enero, 22 y 28 de febrero, 5 de julio, 17 de septiembre y 31 de octubre de 2018 y 14 de febrero de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de septiembre de 2020 y 31 de marzo de 2022.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de protocolización de operaciones particionales y adjudicación de herencia, otorgada el

día 8 de junio de 2007, por el contador-partidor testamentario, en la que concurren los hechos y circunstancias siguientes:

– El causante había fallecido el día 5 de febrero de 2004 en estado de casado en segundas nupcias, dejando cuatro hijos de anterior matrimonio y varios nietos.

– En el testamento, de fecha 26 de julio de 1994, el causante «1.ª) Reconoce y lega a sus hijos a partes iguales el tercio de legítima estricta, con sustitución vulgar en caso de premoriencia por sus descendientes respectivos. 2.ª) Lega a su esposa doña M. M. S. B., el usufructo vitalicio, sin fianza del tercio de mejora; y la nuda propiedad de dicho tercio, la lega a partes iguales a todos los nietos que el testador tenga, así los nacidos al tiempo del fallecimiento del testador, como los que nazcan después, incluso los que nazcan después del fallecimiento de la usufructuaria, con sustitución vulgar de los que fallecieren por sus respectivos descendientes. 3.ª) Instituye heredera del tercio de libre disposición a su esposa doña M. M. S. B., con el carácter de heredera fiduciaria, con facultad de disposición de los bienes por actos *inter vivos* y a título oneroso. Respecto de los bienes que quedaren al fallecimiento de la heredera fiduciaria, por no haber dispuesto de ellos en la forma expresada, nombra herederos fideicomisarios de residuo, a partes iguales, a todos los nietos que el testador tenga, tanto los nacidos al tiempo de su fallecimiento como los que nazcan después, incluso los que nazcan después del fallecimiento de la fiduciaria con sustitución vulgar de los que fallecieren por sus respectivos descendientes. Si la heredera fiduciaria, falleciera antes que el testador [...] 4.ª) Si al fallecimiento de la usufructuaria y heredera fiduciaria no fuere posible determinarse los nudo propietarios y herederos fideicomisarios se pondrán el legado y la herencia en administración conforme al artículo 802 y siguientes del Código Civil. 5.ª) Nombra Albacea, Contador-Partidor, por el plazo legal y prórroga de dos años más y con todas las facultades legales, incluso la de entrega de legados y legítimas, a don F. J. S. E.».

– El Albacea Contador-Partidor fue designado por el causante en su disposición testamentaria y su nombramiento prorrogado por auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elche de fecha 18 de abril de 2007.

– En el cuaderno particional, se hacen las siguientes adjudicaciones: a los hijos por su legítima estricta, por cuartas e iguales partes, la mitad de determinados bienes del inventario; a la viuda, por su legado de usufructo viudal, diversos bienes del inventario en plena propiedad y algunas deudas del pasivo a los efectos de compensación del valor de los bienes del activo adjudicados; a la viuda, en concepto de heredera fiduciaria, la mitad de determinados bienes del inventario, con «plena facultad de disposición de los bienes adjudicados»; la adjudicación a los nietos «queda sujeta a reserva de los nietos del causante que pudieran nacer», hasta el cumplimiento del término suspensivo del fallecimiento de los hijos del causante.

– Incoado procedimiento judicial de *interpellatio in iure* y finalización del albaceazgo, posteriormente, mediante auto del Juzgado de fecha 5 de febrero de 2008, se acordó el término del cargo de albacea contador-partidor, se dictó archivo de actuaciones y se remitió a las partes a «la división judicial de la herencia»; recurrido éste, mediante auto de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 12 de diciembre de 2008, se confirma la denegación de prórroga del cargo de albacea contador partidor, y respecto a la *interpellatio in iure* resulta de su fundamento primero lo siguiente: «Limitada la petición inicial del recurrente a la interpelación judicial de aceptación o renuncia de la herencia [...] La parte recurrente promotora del expediente basa su impugnación en que debió dictarse resolución en la instancia por la que se tuviese por aceptada la herencia por los interpelados [...] no procediendo el archivo [...] el apercibimiento al que se refiere el artículo 1005 acarrea la consecuencia de que la herencia se tenga por aceptada salvo renuncia expresa (...)», y en la parte dispositiva dispone: «declarando que se entiende aceptada la herencia».

La registradora señala como defecto que las adjudicaciones verificadas por el contador-partidor exceden de lo meramente particional ya que no se limita a adjudicar los bienes en la forma dispuesta por el causante en su testamento, sino que realiza lotes en

función del avalúo de tales bienes y procede a su adjudicación, verificándose por tanto actos de carácter traslativo y no meramente particional, por lo que faltaría el consentimiento de los herederos del causante para la adjudicación practicada en el citado cuaderno particional al no adjudicarse en la forma dispuesta por el testador.

El recurrente alega lo siguiente: que la valoración y su adjudicación de los lotes han sido de carácter exclusivamente particional; que la partición efectuada por el albacea contador-partidor se ajusta a las disposiciones testamentarias; que la partición respeta las facultades del albacea contador-partidor y las disposiciones testamentarias, ya que los bienes fueron objeto de valoración por un perito capacitado al efecto, los lotes fueron configurados atendiendo al principio de igualdad y la atribución entre los herederos se hizo conforme a la disposición de los tercios efectuada por el testador; que la partición efectuada por el albacea contador-partidor, en el ejercicio de las facultades amplias que le fueron conferidas testamentariamente, no excede «lo meramente particional» y se encuentra dentro de la legalidad; que constando el consentimiento de los herederos, bien por resultar así de sus propios actos, bien por la declaración de aceptación efectuada por el órgano jurisdiccional, no cabe efectuar una nueva exigencia de consentimiento a los herederos para la inscripción, máxime cuando existe una resolución firme que declara la aceptación de la herencia, de acuerdo con la partición contenida en el cuaderno particional elevado a público; que la interpretación sobre la designación de uno de los herederos y sobre la identificación del bien legado se enmarca en el ámbito de lo particional; que en el ámbito del derecho registral rige el principio de conservación de la partición.

2. Es doctrina jurisprudencial pacífica que las competencias del contador-partidor se cifan a contar y partir, realizando cuanto acto jurídico y material sea preciso para este objeto, incluso ampliamente según el concreto supuesto, por ejemplo, realizando divisiones, segregaciones o pagando excesos de adjudicación, si las fincas no tuvieran fácil división. Para ello no precisa el contador-partidor el concurso de herederos, legatarios o legitimarios, aunque sí del cónyuge viudo, si debe liquidarse previamente la sociedad conyugal.

También es criterio doctrinal unánime que la misión del contador-partidor consiste únicamente 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 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: «[...] 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».

3. Mas, si sus facultades para contar y partir son claras, todo lo que exceda de ello excederá también de las facultades del contador, de suerte que serán los interesados en el negocio dispositivo en cuestión –ciertamente en ocasiones en fina línea de distinción con lo particional–, quienes deban formular, en su caso judicialmente, su pretensión.

Así, el 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)».

Sin embargo, sí podrá el albacea contador-partidor liquidar los gananciales junto con el cónyuge viudo, o realizar operaciones de modificación hipotecaria como divisiones o segregaciones necesarias para la partición, o incluso pagar excesos de adjudicación. También cabe incluir entre sus funciones la acreditación del cumplimiento o incumplimiento de condiciones a efectos de la práctica de inscripciones, siempre que se trate de hechos que queden acreditados objetivamente, no de hechos susceptibles de valoración o de posible contradicción.

4. Por otra parte, el albacea contador-partidor, además de contar y partir, tiene unas funciones de interpretación del testamento y ejecución de la voluntad del causante que van más allá de la estricta división del caudal. El albacea no puede realizar actos dispositivos sin consentimiento de los herederos ni contraer nuevas obligaciones, pero sí interpretar y ejecutar la voluntad del causante en las atribuciones hereditarias. Puede no sólo partir el caudal relicto entre los interesados, sino también velar por el cumplimiento y ejecución de la voluntad del causante. Y en la determinación del ámbito de actuación del albacea habrá que tener muy en cuenta la voluntad del causante, ley fundamental de la sucesión (cfr. artículos 675 y 902 del Código Civil) de manera que se puede equiparar la partición hecha por el contador-partidor a la hecha por el testador (cfr. artículo 1.057 del Código Civil).

Reiteradamente ha señalado este Centro Directivo –cfr. 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, 4 de octubre de 2017 y 28 de febrero de 2018, entre otras– que 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, ni siquiera por la concurrencia de todos ellos si el testador hubiera ordenado la intervención del contador-partidor incluso existiendo un acuerdo de los herederos respecto de la forma de realizar la partición. Por lo demás, debe recordarse que, como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 11 de julio de 2013, sólo cuando la intervención conjunta de los herederos junto con el contador-partidor no se limite a aceptar la herencia, la intervención de aquéllos introduce un factor que altera el carácter unilateral que tiene la partición practicada por contador-partidor, transformándola en un verdadero contrato particional y haciendo, por tanto, necesaria la intervención de todos los interesados en la herencia.

Por otra parte, la restrictiva expresión implica que la simple facultad de hacer la partición» que contiene 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 *relicta*, con sujeción al testamento y la ley, aceptando por tanto las disposiciones del testador por las que dé por pagados de sus derechos legitimarios a sus herederos forzosos o aquellas por las que ordene que del haber correspondiente a los legitimarios se descuente lo que en vida han percibido estos del testador.

Como ya puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 24 de marzo de 2001, con criterio reiterado en otras posteriores, como las de 28 de septiembre de 2020 y 31 de marzo de 2022, «[...] 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– está integrada por las otras facultades legales si también es albacea y por las demás que le fueren atribuidas testamentariamente, y que es válida y produce todos los efectos que le son propios mientras no se impugne judicialmente, de forma que solo los tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad de proceder del contador con lo querido por el testador, debiendo estarse mientras tanto, a la partición realizada por estos. En Resolución de 13 de octubre de 2005, relativa a la partición y adjudicación de la herencia de uno de los causantes ya se concluyó que «corresponde al albacea contador-partidor la interpretación de la voluntad del causante, así como la valoración de las donaciones realizadas y el análisis de su inoficiosidad, habiendo de pasarse por sus decisiones mientras no sean notoriamente contrarias a la ley o a lo dispuesto por el testador [...]».

5. En el aspecto registral, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (Resoluciones de 16 de septiembre de 2008, 14 de septiembre de 2009 y otras citadas en los «Vistos»), en interpretación del artículo 1057 del Código Civil, que 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 derechos que surte todos sus efectos mientras no sean impugnadas; la partición realizada por el contador-partidor es inscribible por sí sola sin necesidad de la concurrencia de los herederos, siempre que no resulte del título particional extralimitación en sus funciones, sin perjuicio, claro está, de las acciones que posteriormente puedan ser ejercitadas.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (Resolución de 28 de febrero de 2018), «las razones a las que puede deberse el asentimiento de alguno de los legitimarios o herederos a la partición -aparte la manifestación de su aceptación de la herencia- pueden obedecer a su posible condición de prelegatarios; a la eventual aceptación de cargas o modos testamentarios; al complemento de capacidad (conforme al artículo 1060 del Código Civil); o, entre otras causas, a compromisos personales. Pero cualesquiera que sean estas, esa comparecencia y asentimiento a las operaciones particionales, no pueden alterar la naturaleza de una partición realizada por contador-partidor designado por el testador y realizada dentro de los parámetros del artículo 1057 del Código Civil».

Desde la Resolución de 24 de marzo de 2001, cuya doctrina ha sido reiterada en numerosas otras de este Centro Directivo (*vid.* «Vistos»), no puede oponerse el defecto de falta de consentimiento de los herederos legitimarios cuando la partición ha sido otorgada por el contador-partidor designado por el testador; y esta partición es válida mientras no se impugne judicialmente; de forma que solo los tribunales de justicia son competentes para, en su caso, declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse mientras tanto a la partición por ellos realizada.

Ahora bien, el contador-partidor tiene sus límites establecidos por las normas imperativas –de legítimas, normas de colación y otras– y su función no puede exceder de las actuaciones particionales. Ciertamente que, como alega el recurrente, la línea divisoria entre lo particional y lo dispositivo, a veces, no es nítida, por lo que conviene analizar el supuesto concreto.

6. En el supuesto de este expediente, se afirma en la calificación que algunos de los herederos han ratificado la partición, pero que no lo han hecho los hijos legitimarios ni

la viuda, de modo que se deben analizar las adjudicaciones hechas a cada uno de ellos y la necesidad de la intervención de estos en su caso.

A los hijos, por su legítima estricta, se les adjudica por cuartas e iguales partes la mitad de determinados bienes, lo que no excede de las funciones del contador-partidor dado que son bienes de la herencia.

A los nietos herederos, en su condición de herederos fideicomisarios sometidos a término incierto suspensivo –el momento de la muerte del último de los hijos–, se les adjudican determinados bienes de los que es heredera fiduciaria la viuda, y esa adjudicación «queda sujeta a reserva de los nietos del causante que pudieran nacer», por lo que se cumplen las disposiciones testamentarias.

A la viuda, en concepto de heredera fiduciaria, se le adjudican la mitad de determinados bienes del inventario, con «plena facultad de disposición de los bienes adjudicados».

Así, en todas estas adjudicaciones se han cumplido las disposiciones del testador, por lo que nada se puede objetar.

Pero en cuanto a la adjudicación a la viuda por su legado de usufructo viudal, se capitaliza en diversos bienes del inventario en plena propiedad y algunas deudas del pasivo a los efectos de compensación del valor de los bienes del activo adjudicados, lo que excede de las funciones del contador-partidor dado que se trata de un legado específico de un usufructo y es mutado en una propiedad, por lo que, en cuanto a esto, se hace preciso el consentimiento de la adjudicataria. Por tanto, en este último punto se debe desestimar el recurso.

En cuanto a las alegaciones del recurrente relativas a la existencia de una resolución judicial que declara la aceptación de la herencia, debe tenerse en cuenta que una cosa es la aceptación de herencia y otra distinta la aceptación de la partición, sin que una conlleve la otra, lo que resulta con claridad del auto reflejado en los hechos; la aceptación de la partición que el recurrente sostiene ha hecho la viuda, al vender algunos de los bienes de la herencia, sin entrar en cómo ha sido realizada (lo que no consta en el expediente), no está acreditada; alega el recurrente el supuesto de la Resolución de 17 de enero de 2020, en el que se consideró que la adjudicación hecha a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás por razón del exceso de valor no implica actuación dispositiva, dado que tratándose de un bien indivisible puede ser adjudicado a uno de los herederos a calidad de compensar a los otros en metálico; pero en aquella ocasión se trataba de un único bien indivisible inventariado, y en el presente caso, hay varios inmuebles.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto en cuanto a la no necesidad de consentimiento de los herederos respecto de las adjudicaciones hechas a los mismos y a los legitimarios; y confirmar la calificación en cuanto a la necesidad de su consentimiento para la capitalización del legado de usufructo de la viuda.

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, 11 de enero de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.