

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

6176 *Resolución de 1 de marzo de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Murcia n.º 6, por la que se suspende la inscripción de la escritura de protocolización y aprobación de operaciones particionales.*

En el recurso interpuesto por don J. A. T., abogado, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Murcia número 6, don Eduardo Cotillas Sánchez, por la que se suspende la inscripción de la escritura de protocolización y aprobación de operaciones particionales.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 18 de julio de 2023 por el notario de Murcia, don José Antonio Pellicer Ballester, por los contadores-partidores testamentarios, se otorgaba protocolización y aprobación de las operaciones particionales causadas por el fallecimiento de don P. E. M. Ocurrió su óbito el día 28 de julio de 2022 en estado de casado con doña D. P. S., con la que tuvo cuatro hijos -don P., don J. A., doña M. D. y doña M. C. E. P.-, de los cuales doña M. C. E. P. había fallecido anteriormente dejando dos hijos, don P. y doña M. C. S. E.

En su último testamento, otorgado el día 4 de marzo de 2021 ante la notaria de El Palmar, doña Laura Felices Quesada, nombró albaceas contadores partidores a don J. A. T., abogado, y a don J. L. P. C., y, entre otros, disponía lo siguiente:

«Primera. Lega a su cónyuge el derecho de usufructo vitalicio de todos sus bienes, con relevación de fianza e inventario o bien a su elección, el pleno dominio del tercio de libre disposición sin perjuicio de su cuota legal legitimaria.

Segunda. Sin perjuicio de lo establecido en la cláusula anterior, instituye herederos a sus tres nombrados hijos y a sus dos nietos citados por sustitución; esto es, en la parte que corresponda a la madre fallecida, C., y haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1056 del Código Civil, distribuye su herencia entre los mismos en la forma siguiente:

A) A sus nietos P. y M. C. S. E. (en sustitución de su fallecida hija C. E. P.) adjudica, en proindiviso para al 50 % para cada uno:

1. El 50 % del derecho o participación que corresponde al testador sobre la casa sita en el [sic], Calle (...) El otro 50 % se lo asigna en proindiviso al hijo del testador P. E. P.
2. Todos los derechos que tiene el testador en la tierra de secano sita en el término de Cieza (...)

B) A su hijo don P. E. P., adjudica:

1. El 50 % del derecho o participación que corresponda al testador sobre la casa sita en el [sic] Palmar, Calle (...) El otro 50 % se le asigna en proindiviso a sus nietos P. y M. C. S. E.
2. Todos los derechos que tiene el testador en la finca (...)

C) A su hija doña D. E. P., adjudica:

1. El derecho o participaciones de la totalidad de las acciones de que sea titular el testador, así como de los saldos existentes en todas sus cuentas bancarias.
2. El derecho o participaciones que corresponde al testador, sobre la totalidad de los muebles existentes en todas las casas de las que sea titular el testador. Asimismo, le adjudica la totalidad de los muebles existentes en lo que es la vivienda habitual del testador (...)
3. Los derechos que correspondan al testador sobre una finca (...) en Rincón de Seca (...)
4. El derecho o participación (...) sobre la totalidad de las joyas (...)
5. El derecho o participación que corresponde al testador sobre la casa sita en Calle (...)
6. El derecho de usufructo que ostenta el testador en el Edificio (...) atribuyéndose la nuda propiedad a su hijo J. A. E. P.
7. El derecho o participación que corresponde al testador sobre una casa en El Palmar (...)
8. El panteón familiar sito en el Cementerio (...)
9. Las participaciones sociales que correspondan al testador en la mercantil (...)
10. Todos los vehículos existentes a nombre del testador.

D) A su hijo don J. A. E. P., adjudica:

En cuanto a este heredero, el testador quiere hacer constar que en el año mil novecientos noventa y cinco (1995) compró una finca en Cieza cuya mitad indivisa puso a nombre de su hijo J. A., siendo la misma colacionable.

Se le adjudica:

1. El derecho o participación que corresponda al testador sobre el piso (...) en el [sic] Palmar, Calle (...)
2. El derecho de nuda propiedad que ostenta el testador sobre el Edificio (...)

Tercera. El testador quiere hacer constar que el 24/3/2015 procedió a donar a su hija M. D., en escritura pública, el piso sito en Murcia (...) Es su decisión de que esta donación no sea colacionable.

Cuarta. El exceso de valor de los bienes adjudicados y en lo que excedan de la legítima estricta, se considerará por mejora y legado al heredero que resulte beneficiado (...).»

La viuda, doña D. P. S., falleció el día 31 de mayo de 2023 y, del cuaderno particional, solo resultaba que «realizó testamento nombrando como herederos a sus hijos D. P. E. P., D. J. A. E. P., D. P. H. S. E. [sic] y doña M. C. S. E. [sic], los primeros por cabezas y los segundos por estirpes. Asimismo, nombró legataria a su hija doña M. D. E. P. (...) Al haber fallecido la Sra. P. S. mientras que los contadores-partidores estaban desempeñando su cargo sobre las operaciones testamentarias del causante Sr. E. M., los bienes que le corresponderían a su mencionada esposa en esta testamentaría se adjudicarán a la herencia yacente de la misma, sin perjuicio de la concreta adjudicación que en su testamentaría se haga de los bienes que la integran, de la que no se ocupan los citados contadores-partidores».

En el cuaderno particional se hacían las siguientes adjudicaciones:

- El bien inventariado bajo el número 1 (piso) que el causante adjudicó a su hijo don J. A. E. P., se adjudicaba por los contadores-partidores a la herencia yacente por el fallecimiento de la viuda.
- El bien inventariado bajo el número 2 (edificio) que el causante adjudicó en usufructo a la hija doña M. D. E. P. y en nuda propiedad al hijo don J. A. E. P., los contadores-partidores lo adjudicaban la nuda propiedad a la herencia yacente.

- El bien inventariado bajo el número 3 (casa) que el causante adjudicó a la hija doña M. D. E. P., los contadores-partidores lo adjudicaban a los nietos.
- El bien inventariado bajo el número 4 (solar en Rincón de Seca) que el causante adjudicó a la hija doña M. D. E. P., los contadores-partidores lo adjudicaban a la herencia yacente.
- El bien inventariado bajo el número 5 (finca en Rincón de Seca) que el causante adjudicó también a doña M. D. E. P., los contadores-partidores lo adjudicaban al hijo don P. E. P.
- El bien inventariado bajo el número 6 (solar en El Palmar) que el causante también adjudicó a doña M. D. E. P., los contadores-partidores lo adjudicaban a ésta solo en usufructo, y en nuda propiedad a la herencia yacente.
- El bien inventariado bajo el número 7 (casa en El Palmar) que el causante lo adjudicó por mitades indivisas a los nietos y al hijo don P. E. P., los contadores-partidores lo adjudicaban en pleno dominio a la herencia yacente.
- El bien inventariado bajo el número 9 (participación en finca rústica de Cieza) el causante lo adjudicó a sus nietos, y los contadores-partidores a la herencia yacente.

Hechas las adjudicaciones, se establecían e imponían las compensaciones que cada uno de los herederos habría de abonar a la masa de la herencia yacente de su madre y abuela.

II

Presentada el día 18 de julio de 2023 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Murcia número 6, y tras numerosas presentaciones adicionando documentos, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Don Eduardo Cotillas Sánchez, registrador del Registro de la Propiedad número seis de Murcia.

Calificado negativamente el documento que precede, escritura otorgada el día dieciocho de julio de dos mil veintitrés por el Notario de Murcia Don José Antonio Pellicer Ballester, protocolo 1280 en el que se incorpora el cuaderno particional, el certificado de defunción, el testamento, el certificado de defunción de la esposa, y en unión de instancia [sic] suscrita en Murcia por Doña M. D. E. P. solicitando únicamente la inscripción de la finca inventariada bajo el número 6 del inventario que es la finca registral 2.583 de la Sección 11.^a, presentado el día dieciocho de julio de dos mil veintitrés, bajo el asiento de presentación 2313 del Diario 120, conforme a los artículos 18, 19, 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria, ha sido suspendida la inscripción/anotación del derecho a que el mismo se refiere por las siguientes causas impeditivas basadas en los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

1. Resulta del expositivo IV c) del precedente documento y del propio cuaderno particional que se eleva público, Base segunda; que el caudal hereditario neto del causante, integrado por los bienes inventariados más el valor de los bienes colacionables y no colacionables (donaciones realizadas por el causante en vida), asciende a 1.794.731,50 euros. De los que deducidos los gastos de partición en interés común de los herederos, que ascienden a la cantidad de 31.043,89 euros, queda un caudal hereditario de 1.763.687,61 euros.

Por lo que cada uno de los tercios que componene [sic] el caudal asciende a 587.895,87 euros; siendo el tercio de legítima estricta de cada uno de los herederos y para los dos nietos del causante por estirpes (hijos del hijo premuerto del causante) un importe de 146.973,97 euros.

Y sobre dichos bienes se producen las operaciones de computación, imputación, colación y formación de hijuelas. Pero es lo cierto que tal punto de partida es erróneo; pues si a los bienes dejados al fallecimiento del causante se suman los bienes donados en vida por el mismo (colacionables y no colacionables), el caudal hereditario neto no

son 1.794.731,50 euros como resulta del precedente documento, sino 2.028.900,84 euros. Y, por lo mismo, el haber partible neto deducidos los gastos comunes, no asciende a 1.763.687,61 euros, sino a 1.946.813,06 euros; y cada uno de los tercios que componen el caudal hereditario no asciende a 587.895,87 euros, sino a 648.937,68 euros; y por lo mismo el tercio de legítima extracto de cada heredero y de los dos nietos (estos por estirpe) no es de 146.973,97 euros, sino de 162.234,42 euros.

Ello determina que, a partir de ahí, todas las operaciones de colación, imputación y formación de hijuelas resultan erróneas.

Incluso en el lote de la herencia yacente, al computar el valor de la primera finca que lo compone, registral 33.990, se valora en 142.335,78; cuando en el inventario de bienes, dicha finca se valora en 144.966,09; por lo que existe un error en la valoración del bien adjudicado y por ello en la hijuela así formada y su cómputo.

Y según reiterada doctrina de la DGSSyFP, el contador partidor, en el ejercicio de su función debe ajustarse a la voluntad del testador. Y es lo cierto que el causante, en su testamento, después de legar a su cónyuge, a su elección, el usufructo de todos sus bienes o el tercio de libre disposición sin perjuicio de su cuota legitimaria, haciendo uso de la facultad del art. 1056 del CC, distribuye la herencia entre sus herederos como sigue:

A) A sus nietos en proindiviso entre ellos, el 50 % de la casa inventariada bajo el n.º 7; y la finca inventariada bajo el n.º 9.

Lo que totalizan 70.534,5 euros, cuando, según se ha dicho, su tercio de legítima estricta asciende a 146.973,97 euros. Sin embargo el cuaderno particional le adjudican la finca inventariada con el n.º 3, que ha sido tasada en 176.691,06 euros.

B) Al hijo Don P. E. P el otro 50 % de la casa inventariada bajo el n.º 7; y la finca inventariada bajo el n.º 8; lo que totaliza 139.807,63 euros, siendo su tercio de legítima estricta de 146.973,97 euros. Sin embargo se le adjudica la finca inventariada bajo el n.º 5, tasada en 77.900,52 euros, y la inventariada bajo el n.º 8, tasada en 70.726,50 euros (lo que totalizan 148.627,02 euros). Pero no la mitad del n.º 7 como dispuso el causante.

C) A la hija M. D. E. P. entre otros bienes, se le adjudican las fincas que se expresan del Registro de la Propiedad n.º 9 de Murcia, inventariadas bajo los n.º 4 y 5; la finca inventariada bajo el n.º 3, el usufructo de la inventariada bajo el n.º 2; y la inventariada bajo el n.º 6. Pero se le adjudican, entre otros bienes muebles, el usufructo de la finca inventariada con el n.º 2 (conforme con la voluntad del causante), también el usufructo de la n.º 6 (que no el pleno dominio como dispuso el causante).

D) Al hijo J. A. E. P. el piso inventariado bajo el n.º 1 y la nuda propiedad del inventariado bajo el n.º 2, lo que totalizan 329.025,41 euros, que no 520.618,51 como resulta del cuaderno particional. Además de declarar el causante en su testamento que la finca que compro en 1995 en Cieza, la mitad de la misma la puso a nombre de dicho hijo, y declara que quiere que sea colacionable. Y los contadores adjudican a dicho heredero el 50 % de la nuda propiedad de los bienes inventariados como colacionables, que valoran en 191.593,10, lo que excede de su tercio de legítima estricta; y no pudiendo imputarse al tercio de libre disposición, que ha sido adjudicado a la herencia yacente, ni tampoco en el de mejora por las donaciones no colacionables [sic] de la hija M. D. E. P. a que se refiere el causante en la cláusula 3.ª de su testamento; todo ello conllevaría la reducción por inoficiosas de las donaciones efectuadas en vida por el causante, antes que las compensaciones en metálico.

Dicho de otro modo:

– El bien inventariado bajo el n.º 1 que el causante adjudica a su hijo J. A., se adjudica por los contadores a la herencia yacente por el fallecimiento de la viuda.

– El bien inventariado bajo el n.º 2 que el causante adjudica en usufructo a la hija M. D. y en nuda propiedad al hijo J. A.; los contadores adjudican la nuda propiedad a la herencia yacente.

- El bien inventariado bajo el n.º 3 que el causante adjudica a la hija M. D., los contadores lo adjudican a los nietos.
- El bien inventariado bajo el n.º 4 que el causante adjudica a la hija M. D., los contadores lo adjudican a la herencia yacente.
- El bien inventariado bajo el n.º 5 que el causante adjudica también a M. D., los contadores lo adjudican al hijo P.
- El bien inventariado bajo el n.º 6 que el causante también adjudica a M. D., los contadores lo adjudican a dicha señora solo en usufructo, y en nuda propiedad a la herencia yacente.
- El bien inventariado bajo el n.º 7 el causante lo adjudica por mitades indivisas a los nietos y al hijo P.; y los contadores lo adjudican en pleno dominio a la herencia yacente.
- El bien inventariado bajo el n.º 8 si es adjudicado por los contadores a que [sic] se lo adjudica el causante.
- El bien inventariado bajo el n.º 9 el causante lo adjudica a sus nietos, y los contadores a la herencia yacente.

De la Base tercera letra A del cuaderno particional, resulta en su apartado 2 que a los nietos del causante, en su testamento, se le asignan bienes por un valor de 70.534,51 euros, y siendo su legítima estricta de 146.973,97 euros, no se entiende porque no se le adjudican precisamente los bienes por el testador a ellos asignados.

Del apartado n.º 3 resulta que al hijo P. en el testamento se le asignan bienes por valor de 139.807,63 euros; y ascendiendo su legítima estricta a 146.973,97 euros, tampoco se entiende porque no se le adjudican precisamente esos bienes.

Del apartado n.º 4 resulta que a la hija M. D. se le adjudican según el testamento bienes por un valor de 547.651,75 euros por lo que resulta mejorada en 400.677,78 euros; pero es lo cierto que la suma de los bienes adjudicados en el testamento asciende a 731.711,07 euros. Además, los bienes en los que resulta mejorada y como no colacionables ascienden a 516.119,10 euros, que se imputan al tercio de mejora; por lo que de dicho tercio solo quedan pendiente de repartir 71.776,77 euros. Aun diciendo que “Dado que con el saldo sobrante del tercio de mejora no es posible cubrir las mejoras establecidas en el testamento...”, lo que no se entiende, pues lo dejado por el testador a cada herederos [sic] cabe dentro de su legítima estricta.

Del n.º 5 resulta que a José A. E. P. en el testamento se le asignan bienes por un valor de 520.618,51 euros, por lo que resulta mejorado en 373.644,54 euros; pero es lo cierto que el valor de los bienes adjudicados en el testamento es de 329.025,41 euros (que no 520.618,51 euros) por lo que resulta mejorado en 182.051,44 euros que no en 373.644,54 euros. Y ello a salvo lo antes dicho en cuanto a este heredero.

Y del apartado uno resulta que a la herencia yacente se le computa la totalidad del tercio de libre disposición; pero nada se dice de su cuota legal legitimaria. Lo que habrá de ser objeto de determinación.

Todo ello conlleva que los contadores partidores no se hayan limitado a inventariar y valorar los bienes de la herencia y a adjudicarlos conforme a la voluntad del testador; sino que se han extralimitado de sus funciones y competencias, por lo que sin la conformidad de todos los herederos no es posible practicar la inscripción solicitada. Máxime cuando incluso se imponen compensaciones en metálico entre los herederos sin determinar si procede o no reducir las donaciones efectuadas por el causante en vida por inoficiosas, y, en su caso, los legados dispuestos por el causante en su testamento.

Artículos 636, 644, 651, 654, 817, 820 a 822, 901, 902, 1035 a 1037, 1045 a 1049, 1056, 1057, 1061 a 1063 y concordantes del C. Civil. Resoluciones DGSJyFP de 10-1-2012, 4-10-2017, 30-1-2019, 3-7-2019.

2. Habiendo fallecido con posterioridad al causante su viuda, lo a ella adjudicado se le adjudica a la herencia yacente; pero es lo cierto que, como ha reiterado la DGSJyFP, la herencia yacente carece de personalidad jurídica y no puede ser titular registral de derechos. Y es que mientras haya herencia yacente no existen herederos sino solo llamados a la herencia, dado que en nuestro Derecho Sucesorio no se produce la

aceptación automática de la herencia por los llamados a ella, sino que es preciso que estos muestren su voluntad de aceptarla o no.

Y como ha declarado nuestro Tribunal Supremo, la herencia yacente no es sino el patrimonio relicto derivado de la apertura de la sucesión de una persona, mientras se mantiene interinamente sin titular.

Artículos 9 L. Hipotecaria y 51 de su Reglamento, y 790 y ss. L. E. Civil y STS de 12-3-1987 y Resolución DGSJyFP de 18-9-2019.

3. Falta el certificado del Registro General de Actos de última voluntad del causante, necesario para acreditar la vigencia del testamento que se aporta.

Así mismo tendrá que aportarse copia autorizada de la escritura de aceptación de herencia otorgada el 9 de febrero de 2023, ante el Notario de Murcia don Javier Alonso [sic] López Vicente, con el n.º 260 de su protocolo; en cuyo exponen segundo se refiere al testamento abierto de fecha 4 de marzo de 2022, si bien el que se acompaña es de fecha 4 de marzo de 2021; lo que también habrá de ser objeto de determinación para el correcto despacho del precedente documento. Y ello por cuanto lo que se incorpora al precedente documento es mera fotocopia carente de fehaciencia.

Arts. 3 de la L. Hipotecaria, 33, 34 y 76 a 78 de su Reglamento.

Contra la precedente calificación (...)

Murcia a Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Eduardo Cotillas Sánchez registrador/a de Registro de la Propiedad de Murcia 6 a días de noviembre de dos mil veintitrés.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. A. T., abogado, interpuso recurso el día 1 de diciembre de 2023 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Motivos:

Previo. No existe extralimitación de los albaceas contadores-partidores sino del Sr. Registrador en su función de control del contenido del cuaderno particional.

A la hora de redactar el cuaderno particional, lo primero que debemos tener en cuenta es que no hemos realizado una simple partición de bienes hereditarios, sino que, como albaceas (que gozábamos de la plena confianza del testador), además de contadores-partidores, hemos tenido que hacer frente al primer gran obstáculo que ese testamento ha generado: desde el momento en que la viuda del testador (Dña. D. P.) optó (según la facultad conferida por el testador) por adjudicarse el tercio de libre disposición, ese testamento ya no se podía cumplir en los términos redactados por el testador, pues al no haber más bienes hereditarios que los recogidos en el testamento, una vez detraído ese tercio de libre disposición, la adjudicación de bienes concretos contemplada por el testador para el resto de herederos devino prácticamente imposible e injusta.

Por ello, el criterio por el que optamos los albaceas-contadores-partidores fue el menos lesivo para todos los herederos, intentando una redistribución de los bienes restantes lo más equitativa posible, respetando no sólo las legítimas y las adjudicaciones testamentarias donde fuere posible hacerlo sino, sobre todo, logrando un equilibrio entre todos los herederos (hijos y nietos del causante), en proporción a las mejoras que a cada uno en particular había querido otorgarle el testador, de modo que todos ellos sufrieran ese “detrimento” derivado de la elección de la viuda por el tercio de libre disposición en la misma medida.

Y si se tiene en cuenta que los albaceas estamos facultados por el Código Civil (art. 903) incluso para vender bienes muebles e inmuebles de la herencia si fuere necesario para poder cumplir con sus funciones, con mayor razón estamos autorizados para realizar esta redistribución de bienes más equitativa que se ha impuesto por las circunstancias acaecidas. Y ello porque siempre queda la facultad de los herederos

(todos mayores de edad y con plena capacidad de obrar) de impugnar este cuaderno particional por las razones que estimen.

Por tanto, entendemos que la extralimitación de funciones no ha sido de los albaceas-contadores-partidores sino del propio Sr. Registrador, que por un exceso de celo en el cumplimiento de sus funciones obvia el dato fundamental de que ese cuaderno particional ya ha pasado el control riguroso del Sr. Notario D. José Antonio Pellicer, quien ha participado activamente en el mismo.

Primero. Correcto cálculo del haber hereditario y consiguientes operaciones de colación, imputación y formación de hijuelas. El error es sólo del Sr. Registrador al no computar en esta testamentaría los activos 17.º y 18.º (gananciales) por la mitad de su valor.

La nota de calificación negativa establece que el caudal hereditario neto establecido en el cuaderno particional es erróneo, dando lugar a que los tercios del caudal hereditario y la legítima de los herederos también sean erróneos.

Sin embargo, erra el Sr. Registrador al efectuar el cálculo del haber hereditario. Y el fallo se debe a que cuando efectúa la suma del valor de todos los bienes, incluye los activos 17.º y 18.º (bienes colacionables según el testamento) en su totalidad, esto es, por el valor de tasación establecido en el inventario, cuando únicamente son colacionables el 50 % del valor de la nuda propiedad de cada uno de esos dos bienes. Así ha quedado expresado en la página 26 del cuaderno particional.

Hemos seguido el art. 1046 del Código Civil, pues se trató de una donación efectuada por ambos cónyuges de bienes gananciales, de forma que únicamente se colaciona en esta testamentaría la mitad de su valor, ya que la otra mitad se colacionará en la herencia de la Sra. P. S. (viuda del Sr. E. M.).

Pues bien, sumados todos los bienes inventariados, y los activos 17.º y 18.º en la mitad de su valor, que es, del activo n.º 17, de 113.287,94 euros y del activo n.º 18, de 78.305,16 euros, resulta como haber hereditario el de 1.794.731,50 euros, que es el expresado en el cuaderno particional.

Por tanto, no se puede mantener la calificación efectuada por el Sr. Registrador de que todas las operaciones resultan erróneas, cuando el error sólo se ha cometido por el al sumar el valor de los bienes inventariados.

Segundo. Simple error material al indicar el valor de tasación del activo n.º 1 en las adjudicaciones. Error subsanable.

La nota de calificación negativa establece que el lote de la herencia yacente es erróneo, ya que el valor de tasación de la finca registral 33.990 (activo n.º 1) es de 144.966,09 euros, cuando en las adjudicaciones se establece un valor de tasación de 142.335,78 euros, concluyéndose en la nota de calificación negativa que existe un error en la valoración del bien y, por tanto, en la hijuela formada y su cómputo.

Sin embargo, la referencia al valor de tasación de 142.335,78 euros es un mero error material de transcripción, subsanable en cualquier momento, pues todas las operaciones se han realizado con el valor de tasación indicado en el inventario de 144.966,09 euros.

En efecto, si se hubiese utilizado el erróneo valor de 142.335,78 euros el lote de la herencia yacente en las adjudicaciones efectuadas no sería de 554.245,05 euros (como se establece en la página 23 del cuaderno particional), sino de 551.614,74 euros. Haciendo las sumas que constan en las adjudicaciones a la herencia yacente se observa que se ha utilizado el valor de 144.966,09 euros, encontrándonos frente a un mero error material que en nada afecta a la validez y corrección del cuaderno particional.

Tercero. Imposibilidad de respetar el testamento en sus estrictos términos tras la opción efectuada por la viuda.

Se procede en la nota de calificación a desglosar los términos del testamento y el reparto efectuado por el testador, pero obviando la causa por la que se procede a no seguir con el testamento en sus propios términos, y que no es otra que la opción que realiza la viuda de quedarse con el tercio de libre disposición en vez del usufructo de todos los bienes de la herencia, en virtud de la cláusula primera del testamento. Opción

realizada en la escritura pública de 9 de febrero de 2023, ante el Notario de Murcia D. Javier Alonso López Vicente, con n.º 260 del protocolo.

Esta elección de la viuda ha sido trascendental en la elaboración del cuaderno particional, ya que, al tener que adjudicarle bienes equivalentes a ese tercio de libre disposición (=587.895,87 euros) sin que haya más bienes que los descritos en el testamento, las adjudicaciones recogidas en el testamento no podían cumplirse en sus propios términos.

Entendemos que el Sr. Registrador se excede de su función de control del contenido del documento que califica arrojándose funciones propias del albacea-contador-partidor que no tiene.

Especialmente relevante es la letra C) relativa a los bienes adjudicados a la heredera doña M. D. E. P., a quienes se le asignan bienes hasta cubrir su hijuela. Dicha adjudicación es discutida por el Sr. Registrador, al indicar que se le adjudica el usufructo del activo n.º 6 pero no la nuda propiedad (conforme establecía el testamento), cuando se ha ido reiterando en el cuaderno particional la imposibilidad de respetar el reparto efectuado por el testador al haber optado la viuda por el tercio de libre disposición. Si se actuase en este apartado conforme a lo indicado por el Sr. Registrador, se excedería el haber hereditario de la Sra. E. P. en detrimento de los demás herederos.

Cuarto. El cuaderno particional sigue la recomendación legal de procurar evitar la indivisión, así como la excesiva división de fincas (art. 786.1 LEC),

Una vez evidenciada la imposibilidad de respetar el testamento en sus propios términos si no es en detrimento de algún o algunos herederos, los dos albaceas-contadores-partidores hemos buscado en todo momento cumplir con el mandato legal de evitar la indivisión de las fincas entre distintos herederos, así como su excesiva división, que es fuente de problemas futuros, como todos sabemos.

Por eso, a los nietos del testador, en representación de su madre prefallecida, se le ha adjudicado en el cuaderno particional la vivienda descrita en el activo n.º 3, debido a que los bienes dejados en el testamento (50 % del activo n.º 7 y el activo n.º 9) eran insuficientes para cubrir la legítima estricta que les correspondía. Al haberse adjudicado dicho activo se evita la indivisión de una nueva finca, lo que debería haberse efectuado en caso de seguir los estrictos términos del testamento, actuando conforme al art. 786.1 LEC que establece la recomendación de evitar la indivisión.

Igual actuación se ha realizado con el heredero D. P. E. P., a quien los bienes adjudicados en el testamento (50 % del activo n.º 7 y el activo n.º 8) no eran suficientes para cubrir su legítima. Por ello, y en aras de evitar la indivisión de inmuebles, se le adjudicó en el cuaderno particional los activos n.º 5 y n.º 8.

Y en el caso del usufructo adjudicado a doña M. D. E. P. del activo n.º 6, en vez de la adjudicación del pleno dominio, se tuvo que efectuar de esta manera en atención a la opción efectuada por la viuda del tercio de libre disposición, pues la adjudicación del pleno dominio daría lugar a exceder el haber hereditario de la Sra. E. P. La nuda propiedad se adjudicó a la herencia yacente, a los efectos de facilitar al contador partidor de la herencia de doña D. P. S. el reparto de los bienes.

Quinto. Error en la calificación negativa respecto de los bienes dejados en testamento a los distintos herederos.

En la página 19 del cuaderno particional se desglosan los bienes hereditarios que son dejados en el testamento a cada uno de los herederos, mientras que en las páginas 20 y 21 se determina su valor y el haber hereditario de cada heredero.

La nota de calificación negativa se equivoca en el valor de los bienes que se dejan en el testamento a los herederos D. J. A. E. P. y Dña. M. D. E. P., ya que computa el activo n.º 2 en su totalidad a la Sra. E. P., cuando el testamento establece claramente que a esta le deja únicamente el usufructo, mientras que la nuda propiedad se la deja a don J. A. E. P.

Así se hace constar en el cuaderno particional al enumerar los bienes, no entendiéndose los motivos que han dado lugar al Sr. Registrador de sumar la totalidad del activo n.º 2 a la Sra. E. P., contraviniendo el testamento.

Lo que se ha efectuado en el cuaderno particional, siendo ello lo ajustado a derecho, es establecer el porcentaje respecto del valor sobrante del tercio de mejora, una vez respetadas las donaciones no colacionables como se establece en el testamento.

Los cálculos y porcentajes están desarrollados en las páginas 21 y 22 del cuaderno particional.

Sexto. Extinción de la cuota legal usufructuaria.

Se establece en el cuaderno particional que, respecto de la herencia yacente, únicamente se le computa el tercio de libre disposición, no haciéndose referencia a la cuota legal usufructuaria de la viuda.

Sin embargo, y como se desarrolla en diversos apartados del cuaderno particional, la viuda falleció con anterioridad a la ultimación del cuaderno particional, lo que determina la extinción del usufructo regulado en el artículo 834 CC, tal y como expresamente se menciona en la página 19 del cuaderno particional.

En nuestro derecho, el usufructo es un derecho que se extingue, entre otros motivos, por el fallecimiento (artículo 513.1.º CC). Por ello, debe revocarse la calificación negativa también en este punto.

En este sentido, sobre extinción del usufructo viudal, se pronuncia la jurisprudencia, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, n.º 81/2020, de 13 de marzo, al declarar «teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 834 CC que determina que el cónyuge viudo tendrá derecho al usufructo del tercio de mejora, dicho usufructo queda sin efecto al fallecimiento de la viuda, tal y como señala el art. 513.1.º CC».

Por lo expuesto, era clara la imposibilidad que tenían los albaceas-contadores-partidores de limitarse a inventariar, valorar y adjudicar los bienes en los términos establecidos en el testamento, puesto que todos los bienes de la herencia habían sido adjudicados en el testamento, habiendo sido la actuación posterior de la viuda -optando por el tercio de libre disposición- la que ha obligado a realizar las operaciones particionales de esa manera, debiendo de igual modo completar las legítimas estrictas de algunos herederos.

Tras encontrarse los albaceas-contadores-partidores en dicha situación, y cumpliendo con la recomendación legal establecido en el art. 786.1 LEC, se efectuó el reparto de bienes evitando en la medida de lo posible las indivisiones y respetando los deseos del testador, debiendo por tanto revocarse en este extremo la calificación negativa, teniendo por bien realizado el cuaderno particional.

Séptimo. La necesaria adjudicación de bienes a la herencia yacente de la viuda del testador, fallecida después de haber aceptado la herencia de éste.

Como hemos desarrollado en el motivo anterior, tras el fallecimiento del testador se iniciaron los trámites relativos a la adjudicación de los bienes de su herencia.

Su viuda, como hemos indicado, optó por el tercio de libre disposición en escritura pública otorgada el 9 de febrero de 2023 ante el Notario de Murcia D. Javier Alonso López Vicente, con n.º 260 del protocolo.

La Sra. P. S. falleció el 31 de mayo de 2023, antes de que se ultimaran las operaciones particionales. En el cuaderno particional se toma la decisión de adjudicar los bienes que corresponderían a la Sra. P. S. a su herencia yacente, al desconocerse si todos los herederos de esta aceptarán la misma, lo que se determinará cuando se abra su sucesión.

Y, sin perjuicio de la imposibilidad de que la herencia yacente, o caudal relicto, sea titular registral de derechos, existe en el cuaderno particional derechos otorgados a otros herederos que, por si solos, si tienen acceso al Registro de la Propiedad.

En concreto y respecto de la nota de calificación negativa efectuada por el Sr. Registrador, la heredera doña M. D. E. P. solicitó que se inscribiese el usufructo que se le adjudicó en el testamento sobre la finca registral 2.583 de la sección 11 del Registro de la Propiedad n.º 6.

Ese usufructo adjudicado en el cuaderno particional es válido y no existe obstáculo alguno en derecho que impida su inscripción en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio

de que la nuda propiedad se inscriba con posterioridad, una vez que la misma sea adjudicada por los contadores-partidores de la herencia de doña D. P. S. a los herederos que corresponda.

Porque, en definitiva, el retraso en la realización del cuaderno particional de la herencia de la Sra. P. S. no puede afectar a los derechos de los herederos del Sr. E. M., que no deben ser impedidos de poder inscribir ya sus derechos en el Registro de la Propiedad.

Por ello, también debe rectificarse la nota de calificación negativa emitida por el Sr. Registrador, debiendo tenerse por correctamente realizado el cuaderno particional y procederse a inscribir en el Registro de la Propiedad todos aquellos derechos que no afecten a la herencia yacente, pues este hecho es ajeno a la operación particional realizada del testamento del Sr. E. M.

Octavo. Sobre la falta de aportación de documentos necesarios para la inscripción. Defecto subsanable.

Se deniega también la inscripción debido a la falta de documentación que se estima necesaria por parte del Sr. Registrador. En concreto, la falta del certificado del Registro General de Actos de últimas voluntades y copia autorizada de la aceptación de herencia efectuada por la viuda. Respecto de este motivo, no se oposición en el presente recurso gubernativo, obrando en nuestro poder dicha documentación para su presentación en el Registro de la Propiedad una vez revocada la calificación negativa por las razones expuestas.»

IV

Mediante escrito, de fecha 19 de diciembre de 2023, 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 657, 659, 750, 801, 839, 841, 843, 882, 1020, 1057, 1061, 1062, 1160, 1259 y 1934 del Código Civil; 14, 18, 33, 34, 38 y 326 de la Ley Hipotecaria; 17, 17 bis, 24, 50 y 66 de la Ley del Notariado; 22.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 6.1.4.º y 7.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 567 a 571 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal; 80 y 81 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1943, 11 de abril de 2000 y 22 de octubre de 2012 y de, Sala Tercera, 22 de mayo y 24 de octubre de 2000; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de julio de 1924, 28 de enero de 1987, 19 de septiembre de 2002, 30 de enero de 2003, 17 de mayo y 18 de diciembre de 2002, 11 de marzo, 13 de mayo y 20 de septiembre de 2003, 20 de abril, 13 de octubre y 30 de diciembre de 2005, 20 de julio de 2007, 13 de diciembre de 2010, 8 de junio y 10 de noviembre de 2011, 18 de mayo y 12 de junio de 2012, 29 de enero de 2013, 27 de mayo de 2014, 12 y 16 de noviembre de 2015, 18 y 22 de julio y 30 de noviembre de 2016, 4 de octubre y 20 de diciembre de 2017, 18 de septiembre y 2 de octubre de 2019 y 15 y 17 de enero de 2020; las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de febrero, 1 y 12 de julio y 13 de septiembre de 2021 y 11 de enero de 2023, y, respecto de la cuestión formal expresada en el primer fundamento de Derecho, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero, 13 de octubre de 2015 y 14 de julio de 2017, y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de febrero y 9 de octubre de 2020 y 15 de enero, 19 y 23 de febrero, 18 de marzo, 9 de junio y 12 de julio de 2021.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de protocolización y aprobación de operaciones particionales en la que concurren las circunstancias siguientes:

a) En dicha escritura, otorgada el día 18 de julio de 2023, por los contadores-partidores testamentarios se protocoliza el cuaderno particional relativo a la herencia de don P. E. M., fallecido el día 28 de julio de 2022, en estado de casado con doña D. P. S., con la que tuvo cuatro hijos -don P., don J. A., doña M. D. y doña M. C. E. P.-, de los cuales doña M. C. E. P. había fallecido anteriormente dejando dos hijos, don P y doña M. C. S. E.

b) En su testamento, de fecha 4 de marzo de 2021, nombra albaceas contadores-partidores y dispone lo siguiente:

«Primera. Lega a su cónyuge el derecho de usufructo vitalicio de todos sus bienes, con relevación de fianza e inventario o bien a su elección, el pleno dominio del tercio de libre disposición sin perjuicio de su cuota legal legitimaria.

Segunda. Sin perjuicio de lo establecido en la cláusula anterior, instituye herederos a sus tres nombrados hijos y a sus dos nietos citados por sustitución; esto es, en la parte que corresponda a la madre fallecida, C., y haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1056 del Código Civil, distribuye su herencia entre los mismos en la forma siguiente:

A) A sus nietos P. y M. C. S. E. (en sustitución de su fallecida hija C. E. P.) adjudica, en proindiviso para al 50 % para cada uno:

1. El 50 % del derecho o participación que corresponde al testador sobre la casa sita en el [sic], Calle (...) El otro 50 % se lo asigna en proindiviso al hijo del testador P. E. P.

2. Todos los derechos que tiene el testador en la tierra de secano sita en el término de Cieza (...)

B) A su hijo don P. E. P., adjudica:

1. El 50 % del derecho o participación que corresponda al testador sobre la casa sita en el [sic] Palmar, Calle (...) El otro 50 % se le asigna en proindiviso a sus nietos P. y M. C. S. E.

2. Todos los derechos que tiene el testador en la finca (...)

C) A su hija doña D. E. P., adjudica:

1. El derecho o participaciones de la totalidad de las acciones de que sea titular el testador, así como de los saldos existentes en todas sus cuentas bancarias.

2. El derecho o participaciones que corresponde al testador, sobre la totalidad de los muebles existentes en todas las casas de las que sea titular el testador. Asimismo, le adjudica la totalidad de los muebles existentes en lo que es la vivienda habitual del testador (...)

3. Los derechos que correspondan al testador sobre una finca (...) en Rincón de Seca (...)

4. El derecho o participación (...) sobre la totalidad de las joyas (...)

5. El derecho o participación que corresponde al testador sobre la casa sita en Calle (...)

6. El derecho de usufructo que ostenta el testador en el Edificio (...) atribuyéndose la nuda propiedad a su hijo J. A. E. P.

7. El derecho o participación que corresponde al testador sobre una casa en El Palmar (...)

8. El panteón familiar sito en el Cementerio (...)

9. Las participaciones sociales que correspondan al testador en la mercantil (...)

10. Todos los vehículos existentes a nombre del testador.

D) A su hijo don J. A. E. P., adjudica:

En cuanto a este heredero, el testador quiere hacer constar que en el año mil novecientos noventa y cinco (1995) compró una finca en Cieza cuya mitad indivisa puso a nombre de su hijo J. A., siendo la misma colacionable.

Se le adjudica:

1. El derecho o participación que corresponda al testador sobre el piso (...) en el [sic] Palmar, Calle (...)
2. El derecho de nuda propiedad que ostenta el testador sobre el Edificio (...)

Tercera. El testador quiere hacer constar que el 24/3/2015 procedió a donar a su hija M. D., en escritura pública, el piso sito en Murcia (...) Es su decisión de que esta donación no sea colacionable.

Cuarta. El exceso de valor de los bienes adjudicados y en lo que excedan de la legítima estricta, se considerará por mejora y legado al heredero que resulte beneficiado (...).»

c) La viuda doña D. P. S. fallece el día 31 de mayo de 2023, y del cuaderno particional solo resulta que «realizó testamento nombrando como herederos a sus hijos D. P. E. P., D. J. A. E. P., D. P. H. S. E. [sic] y doña M. C. S. E. [sic], los primeros por cabezas y los segundos por estirpes. Asimismo, nombró legataria a su hija doña M. D. E. P. (...) Al haber fallecido la Sra. P. S. mientras que los contadores-partidores estaban desempeñando su cargo sobre las operaciones testamentarias del causante Sr. E. M., los bienes que le corresponderían a su mencionada esposa en esta testamentaría se adjudicarán a la herencia yacente de la misma, sin perjuicio de la concreta adjudicación que en su testamentaría se haga de los bienes que la integran, de la que no se ocupan los citados contadores-partidores».

d) En el cuaderno particional se hacen las siguientes adjudicaciones:

– El bien inventariado bajo el número 1 (piso) que el causante adjudica a su hijo don J. A. E. P., se adjudica por los contadores-partidores a la herencia yacente por el fallecimiento de la viuda.

– El bien inventariado bajo el número 2 (edificio) que el causante adjudica en usufructo a la hija doña M. D. E. P. y en nuda propiedad al hijo don J. A. E. P., los contadores-partidores lo adjudican la nuda propiedad a la herencia yacente.

– El bien inventariado bajo el número 3 (casa) que el causante adjudica a la hija doña M. D. E. P., los contadores-partidores lo adjudican a los nietos.

– El bien inventariado bajo el número 4 (solar en Rincón de Seca) que el causante adjudica a la hija doña M. D. E. P., los contadores-partidores lo adjudican a la herencia yacente.

– El bien inventariado bajo el número 5 (finca en Rincón de Seca) que el causante adjudica también a doña M. D. E. P., los contadores-partidores lo adjudican al hijo don P. E. P.

– El bien inventariado bajo el número 6 (solar en El Palmar) que el causante también adjudica a doña M. D. E. P., los contadores-partidores lo adjudican a dicha señora solo en usufructo, y en nuda propiedad a la herencia yacente.

– El bien inventariado bajo el número 7 (solar en El Palmar) que el causante lo adjudica por mitades indivisas a los nietos y al hijo don P. E. P., y los contadores-partidores lo adjudican en pleno dominio a la herencia yacente.

– El bien inventariado bajo el número 9 (participación en finca rústica de Cieza) el causante lo adjudica a sus nietos, y los contadores-partidores a la herencia yacente.

– Hechas las adjudicaciones, se establecen e imponen las compensaciones que cada uno de los herederos habrá de abonar a la masa de la herencia yacente de su madre y abuela.

El registrador señala tres defectos de los que solo se recurren los dos primeros: a) que los contadores-partidores no se han limitado a inventariar y valorar los bienes de la herencia y a adjudicarlos conforme a la voluntad del testador, sino que se han extralimitado de sus funciones y competencias, por lo que, sin la conformidad de todos los herederos, no es posible practicar la inscripción solicitada, máxime cuando incluso se imponen compensaciones en metálico entre los herederos sin determinar si procede o no reducir las donaciones efectuadas por el causante en vida por inoficiosas, y, en su caso, los legados dispuestos por el causante en su testamento, y b) que habiendo fallecido con posterioridad al causante su viuda, lo a ella adjudicado se le adjudica a la herencia yacente; pero la herencia yacente carece de personalidad jurídica y no puede ser titular registral de derechos.

El recurrente alega lo siguiente: que la viuda del testador optó, según la facultad conferida por el testador, por adjudicarse el tercio de libre disposición, por lo que el testamento ya no se puede cumplir en los términos redactados por el testador, pues al no haber más bienes hereditarios que los recogidos en el testamento, una vez traído ese tercio de libre disposición, la adjudicación de bienes concretos contemplada por el testador para el resto de herederos deviene prácticamente imposible e injusta; que se ha intentado una redistribución de los bienes restantes lo más equitativa posible, respetando no sólo las legítimas y las adjudicaciones testamentarias donde fuere posible hacerlo, logrando un equilibrio entre todos los herederos de modo que todos ellos sufrieran ese «detrimento» derivado de la elección de la viuda por el tercio de libre disposición en la misma medida: que siempre queda la facultad de los herederos de impugnar este cuaderno particional; que, en cuanto al cálculo del haber hereditario y consiguientes operaciones de colación, imputación y formación de hijuelas, el error es del registrador al no computar en esta testamentaría los activos gananciales por la mitad de su valor; que se ha seguido el artículo 1046 del Código Civil, pues se trató de una donación efectuada por ambos cónyuges de bienes gananciales, de forma que únicamente se colaciona en esta testamentaría la mitad de su valor, ya que la otra mitad se colacionará en la herencia de la viuda; que respecto de los errores señalados en las valoraciones de alguno de los bienes adjudicados a la herencia yacente, haciendo las sumas que constan en las adjudicaciones a la herencia yacente se observa que se ha utilizado el valor de 144.966,09 euros, encontrándonos frente a un mero error material que en nada afecta a la validez y corrección del cuaderno particional; que es imposible respetar el testamento en sus estrictos términos tras la opción efectuada por la viuda de quedarse con el tercio de libre disposición en vez del usufructo de todos los bienes de la herencia; que esta elección de la viuda ha sido trascendental en la elaboración del cuaderno particional, ya que, al tener que adjudicarle bienes equivalentes a ese tercio de libre disposición sin que haya más bienes que los descritos en el testamento, las adjudicaciones recogidas en el testamento no podían cumplirse en sus propios términos; que el registrador se excede de su función de control del contenido del documento que califica arrogándose funciones propias del albacea-contador-partidor que no tiene; que en el cuaderno particional, una vez evidenciada la imposibilidad de respetar el testamento en sus propios términos si no es en detrimento de algún o algunos herederos, los dos albaceas-contadores-partidores han buscado en todo momento cumplir con el mandato legal de evitar la indivisión de las fincas entre distintos herederos, así como su excesiva división, que es fuente de problemas futuros; que, en definitiva, extinguido el usufructo por fallecimiento de la viuda, es clara la imposibilidad que tienen los albaceas contadores partidores de limitarse a inventariar, valorar y adjudicar los bienes en los términos establecidos en el testamento, puesto que todos los bienes de la herencia habían sido adjudicados en el testamento, habiendo sido la actuación posterior de la viuda -optando por el tercio de libre disposición- la que ha obligado a realizar las operaciones particionales de esa manera, debiendo de igual modo completar las legítimas estrictas de algunos herederos.

2. El registrador analiza en la calificación las cuentas de liquidación de la masa de la herencia del causante, entendiendo que hay error al computar los activos 17 y 18 del

inventario al 100 %, cuando debió ser al 50 %, como resulta de la página 26 del cuaderno particional.

La explicación sobre tal circunstancia la expresa el recurrente en el propio escrito del recurso, en el que se afirma que, conforme al artículo 1046 del Código Civil, por tratarse de una donación efectuada por ambos cónyuges de bienes gananciales, únicamente se colaciona la mitad de su valor, ya que la otra mitad se colacionará en la herencia de la viuda.

Hay que recordar que la calificación la realiza el registrador a la vista de los documentos presentados a inscripción y el recurso no es el medio para su subsanación.

Por ello, al defecto señalado atendiendo a la escritura presentada se ha de limitar la resolución del expediente: que los contadores-partidores no se han limitado a inventariar y valorar los bienes de la herencia y a adjudicarlos conforme a la voluntad del testador, sino que se han extralimitado, por lo que sin la conformidad de todos los herederos no es posible practicar la inscripción solicitada, máxime si se tiene en cuenta que se imponen compensaciones en metálico entre los herederos sin determinar si procede o no reducir las donaciones efectuadas por el causante en vida por inoficiosas, y, en su caso, los legados dispuestos por el causante en su testamento.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo y criterio doctrinal unánime que la misión del contador-partidor consiste únicamente -valga la redundancia- en contar y partir, de modo que carece de facultades dispositivas, al ser las suyas simplemente particionales. Por ello ha de respetar la igualdad cualitativa en la formación de los lotes (cfr. artículo 1061 del Código Civil), evitando, en cuanto sea posible, los suplementos en metálico; aunque se ha entendido por autorizada doctrina que dicho precepto no impone una igualdad matemática absoluta, ni impone la participación de todos los herederos en cada bien de la herencia. En suma, que la regla de la igualdad es de carácter relativo y depende de las circunstancias del caso, y así, por ejemplo, este Centro Directivo en Resolución de 28 de febrero de 2018 declaró: «la regla del artículo 1061 del Código que impone la igualdad en la integración de los lotes de los herederos, referida principalmente a la partición hecha por contador-partidor, ha de tener como una de sus excepciones el supuesto que contempla el artículo siguiente, el 1062, para el caso de cosas indivisibles, y esta excepción entendida como simple acto particional, encajable por tanto dentro de las facultades de los contadores partidores, ha sido interpretada con gran amplitud por la doctrina de este Centro Directivo -vid. Resoluciones de 10 de enero de 1903, 23 de julio de 1925, 6 de abril de 1962, 2 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 2003 y 16 de septiembre de 2008- al punto de considerar que es la solución más lógica cuando en la herencia existe tan solo un bien jurídico o económicamente indivisible» (vid., en el mismo sentido Resoluciones de 12 de julio y 13 de septiembre de 2021).

También este Centro Directivo ha puesto de relieve (cfr. Resolución de 3 de julio de 2019, que recoge el criterio de otras anteriores) 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)» (vid., en el mismo sentido, Resoluciones de 12 de julio y 13 de septiembre de 2021 y 11 de enero de 2023).

3. Por otra parte, señala el registrador sobre este defecto que se imponen compensaciones en metálico entre los herederos sin determinar si procede o no reducir

las donaciones efectuadas por el causante en vida por inoficiosas, y, en su caso, los legados dispuestos por el causante en su testamento.

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

En definitiva, debe afirmarse una vez más que el contador-partidor no puede distribuir libremente los bienes del causante entre sus herederos, sino que debe sujetar su actuación a dos principios rectores fundamentales: primero, la voluntad del causante, y, segundo, la observancia de las normas que con carácter imperativo rigen la sucesión. Así, en Resolución de 4 de octubre de 2017 se puso de manifiesto que el contador-partidor, a diferencia de lo que dispone el artículo 1059 del Código Civil sobre los herederos, ha de ajustarse plenamente al testamento, por ser su actuación un mero instrumento de desarrollo y ejecución de la voluntad del testador, sin que pueda prescindir de la misma.

4. En el presente supuesto, la voluntad del causante resulta explicitada claramente en su testamento, en el que dispone lo siguiente: «haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1056 del Código Civil, distribuye su herencia entre los mismos en la forma siguiente», y, a continuación, hace adjudicaciones muy precisas a cada uno de sus hijos, tal como se han relatado en los hechos y, sin embargo, en la partición se realizan por los contadores adjudicaciones que difieren de las testamentarias, como ha quedado expuesto. Y, frente a las alegaciones del recurrente, debe tenerse en cuenta que, si bien es cierto que la opción de la viuda del causante por el tercio de libre disposición imposibilita cumplir en su totalidad la voluntad del causante, no lo es menos que, finalmente, tampoco se ha cumplido su voluntad en lo posible. Además, el artículo 786.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al que se refiere el recurrente dispone que se debe de cumplir la voluntad del causante, incluso antes que lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión, siempre que no se perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos, lo que, como se ha relatado antes, ahora no se ha observado en muchas de las adjudicaciones.

Debe concluirse, por tanto, que los contadores-partidores no se han ajustado a lo ordenado por el testador en la partición y en consecuencia se han extralimitado en su función. Por ello, este defecto debe ser confirmado.

5. El segundo de los defectos recurridos señala que, habiendo fallecido con posterioridad al causante su viuda, lo a ella adjudicado se le adjudica a la herencia yacente, que carece de personalidad jurídica y no puede ser titular registral de derechos.

Debe tenerse en cuenta que la nueva redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria por el artículo 1.1 de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, permite que sean titulares registrales no sólo las personas naturales o jurídicas, sino también «(...) cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse

aquella, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones».

Ciertamente, aunque la herencia yacente carece de personalidad jurídica, es un patrimonio en situación de interinidad y sin titular determinado (algo que puede ocurrir aunque esté determinado el heredero y pueda ejercitar el «ius delationis» si éste no ha aceptado todavía la herencia). Su destino es ser adquirido por los herederos voluntarios o legales. Por ello, para determinados fines y transitoriamente, se le otorga una consideración y tratamiento unitarios. Específicamente, se le atribuye legitimación procesal (vid. artículos 6.1.4.º y 7.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las Resoluciones de este Centro Directivo de 18 de septiembre de 2019 y 1 de julio de 2021, entre otras muchas).

Como puso de manifiesto el Tribunal Supremo en Sentencia número 387/2000, de 11 de abril de 2000, «la situación de yacencia hereditaria no equivale a herencia vacante y se produce en tanto no se acepte la misma. La herencia yacente está dotada de personalidad jurídica especial como comunidad de intereses, que exige estar incorporada en la misma, por lo que no cabe ser entendida con separación absoluta de las personas llamadas a suceder, ya que los derechos y obligaciones del causante se transmiten desde su fallecimiento (Arts. 657 y 659 del C. Civil)». Según la Sentencia de este mismo Tribunal de 21 de junio de 1943, la herencia yacente, considerada como un patrimonio sin sujeto, se mantiene como complejo unitario en beneficio de sus titulares futuros.

En el Código Civil se contempla dicha situación. Conforme al artículo 1934, «la prescripción produce sus efectos a favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar». Y son aplicables determinadas normas relativas a la administración de la herencia (heredero bajo condición suspensiva -artículos 801 y siguientes- o las relativas al derecho de deliberar -artículo 1020 del Código Civil-; vid., asimismo, el artículo 750)

También la herencia yacente puede ser declarada en concurso de acreedores, según las normas generales del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (vid. artículos 567 a 571).

Por otra parte, este Centro Directivo ha admitido excepcionalmente la existencia de casos de inscripciones o anotaciones transitorias, de mero puente, en favor de colectividades imperfectamente identificadas en su composición, pero plenamente articuladas para su funcionamiento y sin que por ello se resintieran los principios básicos de nuestro sistema registral, como fue el caso de inscripción de una adjudicación a favor de una comisión de acreedores de una entidad suspensa (Resolución 28 de enero de 1987) y la anotación de un convenio de ejecución de sentencia a favor de la masa de una quiebra (Resolución 30 de enero de 2003).

Debe tenerse en cuenta que, en los supuestos de herencia con designación de heredero sujeta a condición suspensiva -en que la delación hereditaria depende del previo cumplimiento de la condición-, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse (vid. el citado artículo 801 del Código Civil); pero tal circunstancia no impide que la inscripción se practique al modo que cualquier otra adquisición de derechos sujetos a condición suspensiva.

Igualmente, según la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 19 de septiembre de 2002, 13 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007 y 13 de diciembre de 2010), en caso de partición realizada por contador-partidor, la falta de aceptación del heredero o del legatario no impide la inscripción correspondiente, que puede hacerse sometida a la condición suspensiva de dicha aceptación, la cual habrá de entenderse cumplida cuando el expresado heredero o legatario realice cualquier acto inscribible.

Asimismo, aunque se trate de una situación diferente por existir herederos que ya han aceptado la herencia, esta Dirección General ha admitido que pueda practicarse la inscripción a favor de la comunidad hereditaria surgida por el fallecimiento del causante sin que, por la especial naturaleza de dicha comunidad, hayan de reflejarse

participaciones proindiviso de los herederos en cada bien concreto (vid. Resoluciones de 16 de mayo de 2003 y 30 de diciembre de 2005).

Por los anteriores razonamientos, y aun cuando no se trate de supuesto idéntico a los expresados, debe concluirse la admisibilidad de la inscripción a favor de la herencia yacente, como una situación caracterizada por la existencia de titularidad transitoriamente indeterminada hasta que los herederos ejerciten el «ius delationis» al adir la herencia.

En consecuencia, este defecto ha de ser revocado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación en cuanto al primer defecto y estimarlo en cuanto al segundo defecto.

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, 1 de marzo de 2024.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.