

PARTICIÓN, ADJUDICACIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Cristina Carolina Pascual Brotóns
Magistrada
Doctora en Derecho

Fecha de recepción: 22 de octubre de 2018
Fecha de aceptación: 26 de noviembre de 2018

RESUMEN: La formalización de negocios jurídicos, además de la causa o el fin que le son propios, pretende como objetivo que la operación se integre en el tráfico jurídico, y adquiera la seguridad que ofrece el ordenamiento, mediante su inscripción en el Registro público correspondiente, de manera que devenga inatacable y oponible frente a todos o *erga omnes*. La partición hereditaria es el negocio o acto jurídico por el que la comunidad hereditaria, tras la muerte del causante, pone fin a su estado de universalidad, para atribuir el dominio concreto a cada heredero de los bienes que correspondan de la herencia, después de practicar las operaciones de avalúo, formación de lotes según criterios fijados por el testador, o en su defecto de igualdad entre los herederos, una vez descontados los legados y las deudas de la herencia (pago a acreedores, gastos funerarios, conservación de los bienes de la herencia). Pero no siempre el documento resultante es apto para acceder al Registro de la Propiedad; por lo que deviene necesario conocer estos obstáculos para conseguir la finalidad de su inscripción.

ABSTRACT: The formalization of legal business, in addition to the cause or purpose that are its own, aims as an objective that the operation is integrated into the legal traffic, and acquires the security offered by the legal system, through its registration in the corresponding public Registry, way that becomes unassailable and opposable in front of all or *erga omnes*. The hereditary partition is the business or legal act by which the hereditary community, after the death of the deceased, ends its state of universality, to attribute the specific domain to each heir of the corresponding property of the inheritance, after practicing the operations of appraisal, formation of lots according to criteria set by the testator, or in their absence of equality between the heirs, once deducted the legacies and the debts of the inheritance (payment to creditors, funeral expenses, conservation of the assets of the heritage). But not always the resulting document is able to access the Property Registry; so it becomes necessary to know these obstacles to achieve the purpose of registration.

PALABRAS CLAVE: Partición, Testador, Contador-partidor, Coherederos, Escritura pública, Resolución judicial, Registro de la Propiedad.

KEYWORDS: Partition, Testator, Accountant, Joint-heirs, Public Deed, Judicial Resolution, Land Registry.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. 3. PARTICIÓN REALIZADA POR EL PROPIO TESTADOR EN EL TESTAMENTO. 4. PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR-PARTIDOR EN ESCRITURA PÚBLICA. 4.1. Contador Partidor Testamentario. 4.2. Contador Partidor Dativo. 5. PARTICIÓN REALIZADA POR ACUERDO ENTRE LOS COHEREDEROS EN ESCRITURA PÚBLICA. 5.1. Acreditación del cumplimiento de la condición testamentaria. 5.2. Prueba de hechos negativos. 5.2.1. Acreditación de la inexistencia de otros descendientes. 5.2.2. Supuestos de sustitución fideicomisaria. 5.3. Necesaria intervención del legitimario. 5.4. Cesión onerosa de derechos legitimarios. 6. PARTICIÓN JUDICIAL EN CASO DE DESACUERDO DE LOS HEREDEROS. 6.1. Protocolización adicional de la resolución judicial. 6.2. Procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa. 6.3. Representación de la herencia yacente. 6.4. Intervención de personas jurídicas. 7. INEFICACIA DE LA PARTICIÓN. 8. OTRAS CUESTIONES. 8.1. Anotación del derecho del legitimario en el Registro de la Propiedad. 8.2. Embargo de derechos hereditarios. 8.3. Acumulación de la acción de liquidación de gananciales en el proceso de división de herencia. 8.5. Normas impositivas. 9. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de toda partición es el fallecimiento del causante. A partir de ahí, el título sucesorio indicará quiénes son los herederos, legitimarios o legatarios, con los derechos sucesorios que les correspondan. El art. 14 de la Ley Hipotecaria establece que «el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado». También se ha erigido como título de sucesión hereditaria el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, como establece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 2018 (BOE de 20 de marzo)¹.

La partición puede realizarse por el propio testador, por contador partidor testamentario o dativo, por acuerdo entre los herederos, o mediante el proceso de división judicial de la herencia. Pero su finalidad en todos los casos es poner fin al estado de indivisión del caudal hereditario. Las operaciones se plasman en testamento, cuaderno particional, escritura pública, o resolución judicial. Si las operaciones se realizan con las formalidades legales y los intervinientes exigidos, las atribuciones dominicales accederán al Registro de la Propiedad. Pero un defecto determinará que el Registrador realice una calificación negativa y se suspenda la inscripción, con el consiguiente perjuicio para los interesados; por lo que es preciso conocer su ámbito calificador y los problemas de acceso al Registro en función del tipo de partición efectuada.

¹ Las herencias abiertas desde el día 17 de agosto de 2015, en que entró en aplicación el Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo («Diario Oficial de la Unión Europea» número 201, de 27 julio de 2012), se rigen por esta norma en las materias que incluye en su ámbito de aplicación (perímetro positivo en los artículos 1.1, primer inciso, y 23, y negativo artículos 1.1, segundo inciso, y 1.2). Con arreglo al Reglamento, como regla general, la ley aplicable a la sucesión mortis causa de causante es la Ley del país de su última residencia habitual (artículo 21.1 del Reglamento Europeo de Sucesiones) conforme al cual «salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento».

2. ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

El problema de hasta dónde puede llegar el juicio favorable o desfavorable del Registrador cuando se le presenta un documento público para su inscripción, ha sido y es un eterno tema abordado tanto por los Tribunales como por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El principio básico que rige la actuación calificadora es el de la interdicción de la indefensión procesal del titular registral. El Registrador debe impedir que tengan cabida en el Registro inscripciones que se confronten u opongan al derecho inscrito, y vulneren el principio del tracto sucesivo registral cuando el titular inscrito no interviene en el documento público que sirve de nuevo título que pretende acceder al Registro. Esta regla del ámbito calificador se plasma en delimitar, sobre todo cuando se trata de resoluciones judiciales, cuándo termina el mandato judicial y cuándo empieza la labor del Registrador.

Este principio de tracto sucesivo, y el art. 24 de la Constitución que proscribía la indefensión, exigen que en el ámbito de la partición hereditaria, los sucesores declarados como tales en el título sucesorio intervengan en ella, aceptando o repudiando la herencia, convirtiendo el derecho hereditario *in abstracto* en la adjudicación de bienes concretos. En el supuesto de heredero ausente, debe existir un título sucesorio que determine quién es el heredero, y determinarse (y declararse) judicialmente que este heredero se encuentra en tal situación de ausencia, como se refleja en Resolución de 2 de marzo de 2016 (BOE de 6 de abril).

Se puede establecer con carácter general que el Registrador sí puede valorar, en su función de tutela de la eficacia de la inscripción, las siguientes cuestiones:

A) Examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia. En este sentido, la Sentencia 609/2013 del Tribunal Supremo de 21 de octubre, relativa al alcance de la calificación², así como la Resolución de 23 de septiembre de 2016 (BOE de 14 de octubre), refrendan el poder calificador del registrador frente a mandamientos judiciales que presenten defectos que impidan su acceso al Registro; ya que precisamente el art. 100 del Reglamento Hipotecario permite al Registrador calificar, del documento judicial, «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial³.

Ese principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento.

La Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha matizado en su Sentencia de 16 de abril de 2013 (Recurso 918/2012), en relación con la Resolución de 1 de marzo de 2013 (BOE de 25 de marzo), que esta doctrina que interpreta extensivamente la calificación registral ha

² Dice la Sentencia que "la fundamental función calificadora del Registrador, está sujeta al art. 20 LH que exige al Registrador, bajo su responsabilidad (art. 18 LH), que para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorguen los actos referidos, debiendo el Registrador denegar la inscripción que se solicite en caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, prohibiéndose incluso la mera anotación preventiva de demanda si el titular registral es persona distinta de aquella frente a la que se había dirigido el procedimiento (art. 20, párrafo séptimo). La calificación del Registrador ha de realizarse no sólo teniendo en cuenta el documento presentado, sino también "... lo que resulte de ... los asientos del Registro " (art. 18 LH) y " ... los obstáculos que surjan del Registro " (art. 100 RLH).

³ Esta misma doctrina se ha visto reforzada por la Sentencia número 266/2015, de 14 de diciembre de 2015, del Tribunal Constitucional, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. El órgano judicial venía particularmente obligado a promover la presencia procesal de aquellos terceros que, confiando en la verdad registral, pudieran ver perjudicados sus intereses por la estimación de una petición acusatoria que interesaba hacer valer derechos posesorios en conflicto con aquéllos, con el fin de que también pudieran ser oídos en defensa de los suyos propios.

de ceder, y debe reconocerse que los Tribunales son los que han de decidir de forma soberana en cuanto al éxito de la inscripción registral, cuando se trata de supuestos en los que viene ordenada por una resolución judicial firme, y la cuestión versa sobre el cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal; así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta (Resolución de 12 junio 2014, BOE 29 de julio).

Creemos que la cuestión deberá decidirse como corresponda en el caso concreto, para conocer cuándo se ha producido o no esa indefensión que impide la inscripción, como puede suceder cuando en el cuaderno particional no hayan comparecido todos los herederos o legitimarios. Esta cuestión, a pesar de que puede afectar al principio de seguridad jurídica, debe acogerse desde la base de que el titular registral o sus causahabientes deben intervenir en el proceso necesariamente cuando la decisión judicial afecte al derecho inscrito.

B) Existencia de Defensor Judicial en caso de conflicto de intereses. En base al principio de tracto sucesivo registral, como se ha dicho, la calificación por el Registrador de actuaciones judiciales debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento. Al entender de esta manera la calificación, podrá ser objeto de examen por el Registrador la concurrencia o no de todos los interesados en el cuaderno particional, o la capacidad de las partes para formalizar negocios jurídicos, así como la necesidad de Defensor Judicial en el caso concreto, cuando exista un conflicto de interés, como se indica en la RDGRN de 12 de julio de 2013 (BOE de 24 de septiembre).

Como señala la STS 363/2004 de 17 de mayo, el conflicto de intereses se ve patente cuando éste existe en el proceso de formación de un negocio jurídico bilateral, generador de obligaciones para ambas partes. Es la denominada autocontratación, tanto en sentido estricto (contrato consigo mismo, como parte interesada y en representación de otra), como en sentido amplio, cuando una sola voluntad hace dos o más manifestaciones jurídicas, y pone en relación dos o más patrimonios, y hay colisión de intereses en esa relación. Y el Registrador puede apreciar esta carencia dentro del ámbito de la calificación.

Pero, si el conflicto no se produce, el negocio estará permitido. Así se consideró en Resolución de 15 de noviembre de 2016 (BOE de 3 de diciembre), en el caso de que ni el representante ni el representado eran adjudicatarios de bienes concretos ni porciones distintas de las señaladas en el testamento. Se indica que cuando el negocio o la partición se ha realizado en condiciones de estricta igualdad, en estricta aplicación de las normas legales o testamentarias (y no cuando se adopta una decisión o elección por el representante), no existe conflicto de intereses y no es preciso el nombramiento de Defensor Judicial.

El problema que tiene esta conclusión es que pertenece a la esfera de la valoración subjetiva el hecho de aplicar de forma igualitaria o no las normas legales o testamentarias. Y el riesgo de que se aprecie un conflicto de intereses tanto en vía de recurso como en vía de calificación registral, hace aconsejable que en todo caso la partición se realice con Defensor Judicial cuando deba concurrir al acto un menor o una persona con la capacidad modificada judicialmente de forma conjunta con sus representantes legales.

C) También el Registrador debe examinar la competencia del Juez o Tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, y las formalidades extrínsecas del documento presentado, como es el caso de no constar con la debida claridad en la sentencia quiénes son los demandados (Resolución de 3 de mayo de 2011, BOE de 24 de mayo). Esto debe interpretarse de forma restrictiva si no se quiere invadir competencias jurisdiccionales. No debe valorar, en cambio, siguiendo el criterio expuesto, el fondo del asunto. Ni apreciar una eventual tramitación defectuosa. Ni la personalidad de la parte actora; ni la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal.

3. PARTICIÓN REALIZADA POR EL PROPIO TESTADOR EN EL TESTAMENTO

La partición es la división del patrimonio hereditario que puede ser hecha por el testador de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1056, primer párrafo, del Código Civil, con lo que no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita. La partición hecha por el testador se produce cuando en el propio testamento se adjudican directamente los bienes a los herederos. En buena lógica implica la realización de todas las operaciones particionales: inventario, liquidación, y formación de lotes con la adjudicación de los mismos.

Lo que es distinto al caso en que ordena que determinado bien o que determinados bienes, muchos o pocos, se adjudiquen a unos u otros de sus herederos, incluyéndose en la porción que deba percibir cada uno de ellos. En este caso se dará la comunidad hereditaria, que deberá dividirse por medio de la partición. Es decir, no se trata de una partición hecha por el testador. Se diferencia de ella porque en lugar de adjudicar de modo directo, establece simplemente los criterios a tener en cuenta para efectuar la partición. En este segundo supuesto, el testador expresa la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique.

La STS 805/1998 de 7 de septiembre, ha establecido que para la distinción entre partición y operaciones particionales o normas para la partición «existe una regla de oro consistente en que si el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones (inventario, avalúo...) hay una verdadera partición hecha por el testador, pero cuando no ocurre así, surge la figura de las «normas particionales», a través de las cuales el testador se limita a manifestar su voluntad para que en el momento de la partición se adjudiquen los bienes en pago de su haber a los herederos que mencione».

No son partición los simples ruegos, deseos, recomendaciones, y otras que no supongan adjudicación, hechos por el testador; en este caso estaremos ante normas particionales y no ante una partición hecha por el testador.

La diferencia entre ambos supuestos es muy importante. La simple norma de la partición vincula a los herederos, o en su caso, al contador partidor designado para hacerla, en el sentido de que al hacerse la partición habrán de tenerse en cuenta las normas dictadas por el testador y adjudicar, siempre que sea posible, al heredero o herederos de que se trate los bienes a que la disposición testamentaria se refiere. Por el contrario, la verdadera partición testamentaria, determina, una vez muerto el testador, la adquisición directa «*iure hereditario*» de los bienes adjudicados a cada heredero; es decir, como ha declarado la STS 493/1986 de 21 de julio, es de aplicar a estas particiones el art. 1068 del Código Civil, según el cual, «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados».

La duda sobre si se está en presencia o no de una verdadera partición testamentaria se nos presenta cuando el testador distribuye los bienes entre los herederos sin practicar las operaciones que normalmente entraña la partición. La mencionada STS de 21 de julio de 1986 lo resuelve en sentido afirmativo. Así pues, conforme esta jurisprudencia, cabe el reparto de los bienes sin formalizar el inventario ni practicar la liquidación, sin perjuicio de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde la muerte del testador. En idéntico sentido se pronuncia la Resolución de 26 octubre 2016 (BOE de 22 de noviembre)⁴.

⁴ La Dirección General también se ha pronunciado, en Resolución de 5 de julio de 2016 (BOE de 12 de agosto), señalando la importancia de «determinar si las asignaciones del testador constituyen una partición realizada por el mismo o si, por el contrario, éste se limita a establecer normas particionales en el testamento para que luego sean tenidas en cuenta en la partición que habrían de realizar los herederos una vez fallecido el causante. La cuestión es fundamental a efectos de determinar el título de adjudicación, pues mientras en el primer caso, se trata de una partición que no sólo se pasará por ella, conforme a lo dispuesto en el art. 1056 del Código Civil, sino que confiere la propiedad de los bienes adjudicados como cualquier otra partición, conforme a lo dispuesto en el art. 1068 del propio Código, mientras que si se tratase de meras normas particionales, el título de adjudicación haría

Se cuestiona si, a efectos registrales, se exige, para que la partición tenga plena virtualidad como título inscribible, que deban completarse por todos los interesados las operaciones particionales que hayan podido ser omitidas por el testador⁵.

Especialmente importante es a estos efectos la operación de liquidación en caso de que existieran deudas, ya que éstas obviamente no han podido tenerse en cuenta por el testador en el momento de hacer testamento. O aun en el caso de referirse a ellas, pueden haber disminuido o aumentado en el momento del fallecimiento. Los herederos han de aclarar qué sucede con las deudas, y concretamente si existen o no, y caso de existir, si la aceptación de la herencia se hace pura y simplemente o a beneficio de inventario, pues es preciso pagar las deudas para la entrega de legados, y también para que los herederos reciban los bienes que les corresponden. Por ello sí deben realizarse como complemento de la partición realizada por el testador aquellas actuaciones que sean necesarias para que el negocio sea efectivo.

Pero, en cualquier caso, en el supuesto de que el testamento no realice la partición, sino que sólo establezca normas particionales, las operaciones de partición no serán complementarias, sino las propias de la partición hecha por los herederos conforme los términos del art. 1057 del Código Civil. Y en estos casos la intervención de todos los legitimarios en la partición, es inexcusable, como ratifica la Resolución de 12 junio 2014 (BOE de 29 de julio).

4. PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR-PARTIDOR EN ESCRITURA PÚBLICA

4.1. *Contador Partidor Testamentario*

Si se practica la partición por el contador partidor designado en testamento, no es necesaria la intervención de todos los legitimarios. Como se contempla en Resoluciones de 21 de junio de 2003 (BOE de 30 de julio) y 14 de septiembre de 2009 (BOE de 7 de octubre), en interpretación del art. 1057 del Código Civil, 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. Esta partición realizada por el contador partidor, es así inscribible por sí sola sin necesidad de la concurrencia de los herederos, siempre que no resulte del título particional extralimitación en sus funciones. Y ello sin perjuicio de las acciones que posteriormente puedan ser interpuestas, en caso de que los interesados en la herencia estimen perjudicados sus derechos en la partición efectuada por el contador.

Este criterio fue fijado también en la Resolución de 24 de marzo de 2001 (BOE de 16 de mayo). No puede mantenerse 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 son competentes para, en su caso, declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse a la partición realizada por ellos (se confirma en Resoluciones como la de 18 de mayo de 2012, BOE de 14 de junio).

tránsito de una pretendida partición del testador a una partición que habrían de realizar todos los herederos y no un solo grupo de ellos, teniendo en cuenta, eso sí, las normas particionales del testador».

⁵ En este sentido, la RDGRN de 8 de enero de 2014 (BOE de 5 de febrero) señala que si se trata de una partición hecha por el testador se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, lo que la hace inscribible por sí sola la adjudicación de cada heredero tras su aceptación, quedando siempre a salvo las acciones de complemento y suplemento de la legítima que correspondan; y si por el contrario, se trata de normas particionales impuestas por el testador, que han de observarse en la partición que se realice entre los herederos, se hace necesaria la concurrencia de la totalidad de los mismos y de su unanimidad puesto que de una partición del artículo 1057 se trataría. Además en este último caso, debería concurrir también el consentimiento de los legitimarios que no fuesen herederos a los efectos de que prestasen su conformidad a la formulación del inventario y cumplimiento de sus legítimas.

Esa partición es inscribible como se ha dicho, pero siempre dentro de los límites de las funciones del contador partidor, esto es, que del título particional no resulte extralimitación en esas funciones. En este sentido la Resolución de 16 de septiembre de 2008 (BOE de 11 de octubre) establece que esas funciones se concretan en la «simple facultad de hacer la partición» (art. 1057 del Código Civil). El contador no solo debe ajustarse a la voluntad del testador, sino también a las normas legales de carácter imperativo, como son las relativas al respeto de las legítimas.

Pero 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. arts. 1061, 1062, 1056 y 841 y siguientes del Código Civil). Aun así existen pequeñas licencias que se puede permitir el contador. 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; y esa regla legal de la posible igualdad, que según la doctrina jurisprudencial no exige igualdad matemática o absoluta (STS 1115/2004 de 25 de noviembre) 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 contraria a las legítimas o a lo dispuesto por el testador (Resoluciones de 21 de junio de 2003 (BOE de 30 de julio) y 20 de septiembre de 2003 (BOE de 16 de octubre)).

Hay otros supuestos, en cambio, en los que su actuación se considera excesiva. Si el contador partidor, no se limita a contar y partir los bienes del causante, sino que transforma la legítima –que es «*pars bonorum*» y que debería consistir necesariamente en bienes de la herencia– en un derecho de crédito frente a los demás herederos, a quienes ordena el pago en metálico de su cuota, se transforma la naturaleza del derecho que los legitimarios tienen en la herencia del causante y se convierte en un crédito la legítima «*pars hereditatis*». En este supuesto resulta necesario que, conforme lo previsto por el art. 843 del Código Civil, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición así hecha precise aprobación por el Letrado de Administración de Justicia o Notario, tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio (Resolución de 18 de julio de 2016, BOE de 19 de septiembre)⁶.

Por otro lado, la partición pone fin a la comunidad hereditaria y las funciones del contador se agotan cuando otorga la partición. La reserva de la facultad de rectificar errores o complementar, aunque esté dentro del plazo fijado por el testador, no permite al contador hacer una partición nueva, alterando las adjudicaciones ya realizadas. Sí es posible el complemento de la partición por aparición de nuevos bienes que no se tuvieron en cuenta, si el contador está en el plazo fijado por el testador y no ha cesado por otra causa. En el caso de la STS 473/2018 de 20 de julio, que sienta la anterior doctrina, la contadora no complementó la partición con nuevos bienes, ni hizo una mera rectificación respetuosa con las atribuciones de propiedad ya realizadas, sino que llevó a cabo una nueva partición alterando unilateralmente esas atribuciones, por lo que la escritura de rectificación de las operaciones particionales es ineficaz.

Porque una cosa es reconocer que a efectos registrales no es eficaz la partición que claramente incumple las normas legales sobre las legítimas, y otra es presuponer que cualquier partición en la que los legitimarios no intervengan contraviene y lesiona manifiestamente sus derechos legitimarios, cuestión que deberá contemplarse en cada caso.

4.2. Contador Partidor Dativo

No habiendo testamento, o si aun existiendo no designa contador partidor, o estando vacante el cargo, el art. 1057 del Código Civil prevé el nombramiento de un contador

⁶ En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo 604/2012 de 22 de octubre, y las Resoluciones de 1 de marzo de 2006 (BOE de 8 de abril), 17 de octubre de 2008 (BOE de 8 de noviembre), 6 de marzo de 2012 (BOE de 7 de mayo), 13 de junio de 2013 (BOE de 12 de julio), y 13 de febrero de 2015 (BOE de 10 de marzo).

partidor dativo. Dicho precepto y el art. 92 de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria establecen la posibilidad de que por el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario se nombre, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50% del haber hereditario, con citación de los demás interesados, este contador partidor; y también para los casos de renuncia del contador partidor nombrado o de prórroga del plazo fijado para la realización de su encargo. Se deberá aprobar la partición realizada por el contador partidor cuando resulte necesario por no haber sido confirmada expresamente por todos los herederos y legatarios, siendo competentes igualmente el Letrado o Notario de forma electiva.

En los supuestos que conozca el Notario el expediente se tramitará según art.66 de la Ley del Notariado en su redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

La existencia de esta figura plantea también la cuestión de hasta dónde puede llegar su actuación. Así:

- No corresponde al contador partidor dativo declarar herederos y efectuar notificaciones que equivalgan a la participación en el procedimiento judicial de herencia. Tampoco puede concretar en persona alguna la cualidad de heredero. Y en el caso de resultar falta absoluta de herederos abintestato por parentesco colateral, se abriría el procedimiento para declaración de heredero al Estado en los términos del procedimiento recogido por los arts. 20.6 y 20 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de la Administraciones Públicas. El art. 958 del Código Civil establece la declaración administrativa de heredero para que el Estado pueda tomar posesión de los bienes, pero en modo alguno puede ser declarado heredero por el contador partidor, reflejando en el cuaderno particional la inexistencia de parientes con derecho preferente.
- Sí en cambio ha de entenderse que dentro de la facultad de hacer la partición que le encomienda la ley se encuentran todas aquéllas que hayan de ser presupuesto para el desempeño de su función de contar y partir. Por ello puede hacer cuanto acto jurídico y material sea preciso, lo que incluye divisiones, segregaciones, para delimitar físicamente los bienes objeto de la partición. Esta función puede realizarse incluso una vez inscrita la partición, y en tanto no sea firme por no haber sido aceptada por todos los herederos (Resolución de 19 de enero de 2017, BOE de 7 de febrero), como se contempla seguidamente.

¿Es inscribible la partición efectuada por el contador, sin el concurso de los herederos? Las Resoluciones de 19 de septiembre de 2002 (BOE de 30 de octubre) y 19 de julio de 2016 (BOE de 19 de septiembre), han resuelto la cuestión sosteniendo que no constando la aceptación de los herederos puede practicarse la inscripción, pero no con el carácter de firme o definitiva, sino sujetándola a la condición suspensiva de que en un momento posterior se acredite la aceptación, y sin perjuicio de que, en caso de renuncia del heredero, se pueda cancelar la inscripción reviviendo la titularidad del causante.

Para evitar la situación de pendencia, tanto los herederos que hayan aceptado como el propio contador podrán ejercitar la acción prevista en el art. 1005 del Código Civil, acudiendo al Notario para que le comunique que tiene un plazo de treinta días para aceptar, entendiéndose aceptada la herencia pura y simplemente si en ese plazo no manifiesta voluntad alguna.

5. PARTICIÓN REALIZADA POR ACUERDO ENTRE LOS COHEREDEROS EN ESCRITURA PÚBLICA

Cuando los herederos están de acuerdo en las operaciones particionales, éstas deben realizarse en escritura pública. La aceptación y la partición o adjudicación son dos actos jurídicos con efectos jurídicos diferentes (arts. 988, 1004, 1005, 1068 y 1058 del Código Civil) por lo que la Ley distingue dos procedimientos judiciales distintos, el de aceptación y

el de partición testamentaria, con las adjudicaciones correspondientes de bienes concretos. La aceptación y partición con adjudicación son negocios jurídicos distintos, integrados en el proceso sucesorio, exigiendo esta última la voluntad de todos los herederos que aceptaron la herencia para, previa liquidación y valoración, adjudicarse los bienes concretos o partes indivisas de los mismos. Y no puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la escritura en la que no comparecen ni expresan su voluntad en la partición todos los herederos, conforme al art. 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento, salvo que haya sido realizada por el contador partidor, como ya ha sido analizado (Resolución de 18 de octubre de 2013, BOE de 21 de noviembre).

En estas operaciones puede darse que sea preciso constatar hechos como la ausencia de otros herederos, o el cumplimiento de la condición impuesta por el testador, entre otras. La frontera entre lo que pueden manifestar los propios herederos, o el Notario mediante acta de notoriedad, o lo que deben autorizar los Tribunales, no siempre es clara; y se debe acudir a los siguientes criterios que han ido perfilando la Dirección General de los Registros y la jurisprudencia.

5.1. Acreditación del cumplimiento de la condición testamentaria

Serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador, y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los Tribunales. Es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, podrá también el albacea, máxime si en él además confluye la condición de contador partidor, interpretar la voluntad del testador. Y por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los Tribunales decidir la posibilidad de cumplimiento de la voluntad del testador y su alcance interpretativo, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Tribunal de instancia, y por tanto no revisable en casación salvo que se infrinja la ley a causa de un razonamiento arbitrario, y que no se base en reglas de la lógica y de la experiencia humana.

En general, la pretensión de algunos de los herederos, de decidir por sí, sin intervención alguna de las otras personas nominalmente designadas como favorecidas, acerca del cumplimiento o incumplimiento de disposiciones, excede de las atribuciones que les corresponden en cuanto continuadores de la voluntad de la causante, ya que incide en la posición de terceras personas, los otros instituidos.

En consecuencia, como establece la Resolución de 13 de julio de 2016 (BOE de 15 de agosto), al menos debe tramitarse acta de notoriedad en la que han de ser citados todos los herederos. Y en ella determinar en su caso «el cumplimiento exclusivo de la condición testamentaria por algunos herederos». Este tipo de actas tienen como contenido el juicio que emite el Notario sobre la notoriedad de un hecho, es decir sobre una serie de circunstancias por las cuales ese hecho no necesita prueba. El notario no da fe de la verdad de ese hecho ni de la exactitud de su notoriedad, sino que se limita a expresar un juicio sobre esa notoriedad. Da fe, entre otros extremos, de las declaraciones de los testigos, pero no de la verdad o evidencia del hecho aseverado por los mismos. El Notario no percibe el hecho notorio de «*visu et auditu*», sino mediatamente. No afirma la evidencia personal de un hecho, sino un juicio de valoración de pruebas. Son actas de percepción de declaraciones o de documentos, con el añadido del juicio de notoriedad, algo que es compatible con la función de jurisdicción voluntaria atribuida a los notarios.

El art. 80.2 del Reglamento Hipotecario, determina que «el acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella». Se hace necesaria, al menos, una citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, a los efectos de que puedan realizar las manifestaciones u oposiciones que puedan amparar su derecho. Y ello porque, en definitiva, no puede inscribirse la partición judicial en tanto

no se acredite que quienes intervinieron en el procedimiento son todos y los únicos interesados en la partición que se pretende⁷.

5.2. Prueba de hechos negativos

5.2.1. Acreditación de la inexistencia de otros descendientes

El contenido del testamento se presume iuris tantum válido y eficaz, lo que supone que el hecho de que el testador no mencione que un descendiente fallecido previamente, tuvo a su vez descendientes legitimarios, significa que no existen salvo que se pruebe lo contrario. (Resolución de 6 de mayo de 2016, BOE de 6 de junio).

Respecto a esa prueba, ha establecido la Dirección General en Resolución de 14 de septiembre de 2017 (BOE de 5 de octubre) que «hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza». Incluso esta doctrina de la innecesariedad de probar tales hechos negativos ha sido mantenida en el supuesto de premoriencia de un heredero legitimario al señalar que no es preciso justificar que haya dejado descendientes que ostenten derecho a la legítima. Ni el Código Civil, ni la legislación especial, ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos o nombrados legatarios en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos si el instituido o los instituidos reunían ese carácter, o que no dejó ningún heredero forzoso si el nombrado era una persona extraña, por cuya razón no han establecido procedimientos destinados a obtener la justificación de semejante circunstancia negativa⁸.

En consecuencia, no puede exigirse la acreditación de la inexistencia de otros descendientes a los designados en el testamento, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados en el propio testamento (Resolución de 6 de julio de 2016, BOE de 12 de agosto)⁹.

5.2.2. Supuestos de sustitución fideicomisaria

En los supuestos en los que la sucesión es a favor de los parientes consanguíneos más próximos, sí es preciso acta de notoriedad para descartar la posible existencia de ignorados parientes en igual grado de consanguinidad con el testador al de los interesados que reclaman la herencia (Resolución de 24 de octubre de 2008, BOE de 20 de noviembre). El defecto puede subsanarse mediante acta de notoriedad que acredite los llamados a la sustitución fideicomisaria conforme al art. 82 del Reglamento Hipotecario.

5.3. Necesaria intervención del legitimario

La intervención de todos los legitimarios, y herederos en su caso, en la partición, es inexcusable. La Resolución de 1 de marzo de 2006 (BOE de 8 de abril) recoge la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, lo que hace imprescindible su concurrencia, como ya estableció el Tribunal Supremo, para la

⁷ También Resoluciones de 19 de junio 2013 (BOE de 29 de julio), 11 de julio de 2013 (BOE de 24 de septiembre), y 30 de abril de 2014 (BOE de 23 de junio).

⁸ Sin embargo, en la Resolución de 1 de junio de 2018 (BOE de 21 de junio) se exige que exista acta de notoriedad al indicar que “En el supuesto de este expediente, las circunstancias de hecho que deben concurrir para que el viudo pueda ser llamado como heredero intestado (artículo 945 del Código Civil) no han quedado acreditadas en el acta de notoriedad en que se declaró herederos a los tres hijos ni en otro documento; se acredita que la causante falleció sin testamento; que hay tres hijos de su matrimonio; en documento separado, que esos tres hijos han renunciado a la herencia; pero no se acredita la existencia o inexistencia de descendientes del grado ulterior, ni el fallecimiento previo de los ascendientes. En consecuencia, no está acreditado que el viudo sea el heredero abintestato por defecto de todos los demás, ya que no resulta del acta de declaración de herederos ni han sido declarados por el notario competente como notorios en la escritura de manifestación de herencia. Para la inscripción de la manifestación de herencia, bastaría una declaración de notoriedad de todas las circunstancias mencionadas, bien en acta de notoriedad complementaria o bien en la misma escritura de herencia, sin que sea suficiente que lo manifieste el viudo como ha hecho”.

⁹ Cfr. art. 14 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 29 de enero de 2016 (BOE de 11 de febrero). Arts. 658, 814 y 1080 del Código Civil, y las Resoluciones de 13 de septiembre de 2001 (BOE de 29 de octubre) y 6 de mayo de 2016 (BOE de 6 de junio).

adjudicación y partición de la herencia, y ello cuando falte o no exista persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057.1 del Código Civil).

En este sentido, la Resolución de 25 de abril de 2018 (BOE de 11 de mayo) aborda la especial relevancia del supuesto en el que tanto el primer causante como la transmitente fallecieron intestados, lo que implica que el «*ius delationis*» respecto del primer causante, como derecho a aceptar o repudiar, corresponde a los hijos que le sobreviven, y por designación de la ley al nieto. Pero también ha de concurrir en las operaciones particionales el cónyuge viudo de la heredera fallecida, y no sólo su descendiente y nieto del primer causante¹⁰.

En caso de omitir su asistencia, no es posible ejercer las acciones de rescisión o de complemento por el legitimario sino hasta saber el montante del quantum o valor pecuniario que por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento y fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con la deducción de las deudas y de las cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el art. 818 del Código Civil, por lo que para conocer el montante será necesario haber practicado con anterioridad las pertinentes operaciones particionales (Resolución de 5 de julio de 2016, BOE de 12 de agosto). A esta misma conclusión llegó la STS 208/1989 de 8 de marzo, que determina que «no cabe la posibilidad de ejercicio por uno o varios herederos forzosos, de la acción de complemento de la legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario». Esta regla se aplica incluso tratándose de partición hecha por contadores partidores, en la ejecución de la misma, pues será entonces «cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global (...) han percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta».

¿Es posible que el legitimario perciba su parte a través de una compensación económica? La legítima en nuestro Derecho común se configura generalmente como una «*pars bonorum*» o una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «*pars valoris bonorum*». Ello hace que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado para preservar la intangibilidad de su legítima. Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados¹¹.

Esta misma doctrina ha sido mantenida en la Resolución de 15 de septiembre de 2014 (BOE de 9 de octubre) para un caso análogo, de pago en dinero de la legítima, conforme a los preceptos legales que exigen la conformidad expresa de todos los interesados en la sucesión a fin de establecer la valoración de la parte reservada (arts. 843 y 847 del Código Civil).

No cabe dejar al legitimario la defensa de su derecho a expensas de unas «acciones de rescisión o resarcimiento» o la vía declarativa para reclamar derechos hereditarios y el complemento de la legítima, ejercitables tras la partición hecha y consumada. Debe en cambio estar presente en las operaciones de partición, de forma que no pierda la posibilidad de exigir que sus derechos, aun cuando sean reducidos a la legítima estricta y corta, le fueran entregados con bienes de la herencia y no otros.

5.4. Cesión onerosa de derechos legitimarios

Cuando se formaliza una aceptación de herencia, con operación previa de segregación del único bien relicto y se adjudican las fincas resultantes. Y otro de los herederos del mismo causante cedió onerosamente sus derechos hereditarios a uno de sus hermanos otorgantes

¹⁰ En la doctrina y en la jurisprudencia, al cónyuge viudo se le reconoce la misma protección que a los restantes herederos forzosos a la hora de realizar la partición y adjudicación de la herencia, aun cuando le legítima le haya sido deferida a título de legado y no de heredero (vid. las Resoluciones de 22 de febrero de 2018, BOE de 8 de marzo; y de 5 de julio de 2018, BOE de 19 de julio), y lo mismo debe entenderse en el presente caso en que la legítima es deferida «*ex lege*» por haber fallecido intestada la transmitente.

¹¹ Vid. Resoluciones de 25 de febrero de 2008 (BOE de 15 de marzo), 9 de marzo de 2009 (BOE de 25 de marzo), 6 de marzo de 2012 (BOE de 7 de mayo), 16 de junio de 2014 (BOE de 29 de julio) y 4 de julio de 2014 (BOE de 1 de agosto).

de la citada escritura de herencia, casado en régimen de gananciales, es preceptivo que la esposa del cesionario preste su consentimiento a lo otorgado en la escritura de adjudicación de herencia, al haberse adquirido los citados derechos hereditarios con carácter presuntivamente ganancial (Resolución de 4 de julio de 2018, BOE de 19 de julio).

6. PARTICIÓN JUDICIAL EN CASO DE DESACUERDO DE LOS HEREDEROS

Como establece el art.782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la vía de la división judicial de herencia es el camino que deben seguir los herederos cuando no se pusieren de acuerdo en el inventario de los bienes del causante, o en las adjudicaciones o lotes. A este requisito, el del desacuerdo, se añade que no se haya de realizar por contador partidor, en los supuestos que ya han sido contemplados. La inscripción registral de la resolución que acuerda la partición plantea diversas cuestiones.

6.1. Protocolización adicional de la resolución judicial

Si bien es cierto que los arts. 787.2 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén la protocolización de la resolución judicial aprobando las operaciones divisorias cuando no haya oposición, o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad con las mismas, de aquí no se sigue necesariamente que el único título formal para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudicaciones respectivas, sea el acta notarial de protocolización, pues debe tenerse en cuenta al respecto:

a) Conforme a los arts. 3 y 14 de la Ley Hipotecaria y 80 del Reglamento Hipotecario, uno de los títulos aptos para la inscripción de las particiones será, en su caso, la pertinente «resolución judicial firme en que se determina las adjudicaciones efectuadas a cada interesado».

b) Sin prejuzgar ahora sobre la específica naturaleza de las operaciones particionales realizadas a través del cauce procedimental del procedimiento judicial para la división de la herencia cuando media la conformidad –o no hay oposición– de los interesados al proyecto elaborado por los contadores nombrados al efecto, es lo cierto que se trata de actuaciones estrictamente judiciales (arts. 782ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), correspondiendo por tanto al Letrado de la Administración de Justicia en exclusiva y con plenitud dar fe de las mismas (arts. 145 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 453 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de modo que el testimonio del auto o decreto aprobatorio de dicha partición expedido por el Letrado de la Administración de Justicia es documento público (arts. 1216 del Código Civil y 454 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que acredita plenamente no sólo la realidad del acto particional, sino además, su eficacia en tanto que, aprobado judicialmente, puede exigirse su cumplimiento.

c) Reconociendo que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la protocolización notarial de las actuaciones judiciales, a la vista del art. 454 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que encomienda al Letrado de la Administración de Justicia la función de documentación y la formación de autos y expedientes y su constancia, el acta notarial respectiva se limitará a incorporar al protocolo del notario autorizante el mandato judicial respectivo; pero no tiene por objeto documentar una nueva prestación del consentimiento por los coherederos e interesados en la partición realizada (arts. 211 y 213 del Reglamento Notarial). De modo que no añadiría a la certificación judicial del auto aprobatorio de la partición incluido en la documentación protocolizada, un efecto probatorio del que no gozase ya por sí mismo, como se establece en Resoluciones de 13 de abril de 2000 (BOE de 15 de mayo), o de 27 de marzo de 2014 (BOE de 5 de mayo).

En base a lo expuesto, procederá la inscripción directa de la resolución judicial, sin necesidad de protocolización, cuando el propio Juez o Letrado de la Administración de Justicia que aprobó las operaciones particionales disponga en el Auto o Decreto respectivamente la inscribibilidad directa del testimonio del mismo.

d) Protocolización cuando el Decreto o Auto así lo dispone. El art. 788.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone la necesidad de protocolización. Esta necesidad es patente

cuando la propia resolución que pone fin al procedimiento, ya sea Auto o Decreto, así lo acuerde, como establece la Resolución de 9 de diciembre de 2010 (BOE de 26 de enero de 2011).

La Resolución de 9 de febrero 2016 (BOE de 10 de marzo) contempla la cuestión desde la necesidad de que la resolución judicial que aprueba el cuaderno particional, para que sea inscribible sin protocolización adicional, ha de entrar a resolver el fondo, de manera que un sobreseimiento, al ser un acto procesal que pone fin al juicio sin resolver la controversia de fondo, no es por tanto un título válido de acceso al Registro. En definitiva, el sobreseimiento implica la suspensión del proceso, es decir, la terminación del mismo sin sentencia o resolución judicial en virtud de una causa que así lo determine, como ocurre en los casos en que se ha llegado a un acuerdo extrajudicial por los interesados. Se saca así del ámbito judicial la cuestión planteada y se envía al extrajudicial, que precisa formalización en escritura pública. Por tanto, ni el sobreseimiento ni el acuerdo alcanzado extrajudicialmente producen el efecto de cosa juzgada y excluye los efectos de la misma sin que sea posible adoptar acuerdos sobre la entrega de bienes, ni la inscripción en el Registro de un acuerdo ínter partes no aprobado judicialmente (Resolución de 19 de julio de 2016, BOE de 19 de septiembre).

6.2. Procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa

Se precisaría por tanto, según la Dirección General, la protocolización notarial que viene impuesta como regla general por el art. 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando señala que «pasado dicho término sin hacerse oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas». Este criterio, además, sería compatible con la referencia a la sentencia firme contenida en el art. 14 de la Ley Hipotecaria, que se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición (Resolución de 2 noviembre 2016, BOE de 22 de noviembre)¹².

No podemos estar de acuerdo sin embargo con este criterio. La indicación de protocolización es más un arrastre de la anterior Ley de Enjuiciamiento de 1881 que una necesidad real. En efecto, si se observan los arts. 1054 ss. de la Ley de 1881 relativos al juicio voluntario de testamentaria, y se comparan con los arts. 782 ss. de la Ley de 2000, tienen un contenido muy similar, y en algunos preceptos casi idéntico, como los relativos a la formación de inventario o contenido del mismo. En concreto el art. 1083 de la LEC de 1881 establece lo mismo que el actual 787.2 de la Ley de 2000, en el sentido de que si no hay oposición se aprobará el inventario, o las adjudicaciones, mandando protocolizarlas. Esta necesidad también existía en otros procedimientos, como el de protocolización de testamento ológrafo, en concreto en el art. 1968 de la LEC 1881 (procedimiento ya inexistente por ser de competencia del Notario). Pero en la actualidad, en primer lugar, la resolución judicial que aprueba las adjudicaciones, sea con acuerdo o sin él, es un documento público que reúne todos los requisitos para acceder al Registro de la Propiedad; y en segundo lugar, la plenitud de efectos de la fe pública judicial del Letrado de la Administración de Justicia choca con la exigencia de fe pública notarial adicional. Es por ello que debe ser inscrito el

¹² Se justifica esta postura aludiendo a que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido. Ciertamente, según los artículos 1216 del Código Civil y 317.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los letrados de la Administración de Justicia (a quienes corresponde dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones procesales que se realicen en el Tribunal o ante él –artículos 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–); y conforme al artículo 319.1 de dicha ley procesal tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esa documentación (cfr., también, artículo 1218 del Código Civil). Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere ello decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (Resolución de 29 de mayo de 2018, BOE de 18 de junio).

testimonio del Decreto o del Auto sin ninguna otra exigencia adicional, máxime cuando la propia resolución así lo exprese, como ya ha sido observado en el epígrafe anterior.

6.3. Representación de la herencia yacente

Siguiendo la Resolución de 23 septiembre 2016 (BOE de 14 de octubre), en los casos en que interviene en pleito la herencia yacente, para que la resolución tenga constancia registral se articulan tres posibilidades: a) Nombramiento de un administrador judicial; b) Representación por uno o algunos de los herederos; c) Nombramiento de Defensor Judicial, cuando el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento.

El nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral se había convertido en una exigencia para la inscripción de lo acordado en la sentencia. El Registrador debía señalar su ausencia como un defecto que impide la inscripción, pues se convierte en una falta de intervención en el procedimiento del titular registral, y de admitir lo contrario le originaría indefensión, con vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva establecida en el art. 24 de la Constitución.

Con posterioridad, sin embargo, se ha aclarado, para adecuar esa doctrina a los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia (Resolución de 10 de enero de 2011, BOE de 14 de marzo), que la exigencia de nombramiento de un Defensor Judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico, y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente (Resolución de 12 junio 2014, BOE de 27 de julio)¹³.

Así, se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Sólo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral, sería pertinente la designación de un administrador judicial (Resolución de 15 de noviembre de 2016, BOE de 3 de diciembre). Por eso parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero debe considerarse suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

6.4. Intervención de personas jurídicas

Cuando se trate de personas jurídicas, y en particular de sociedades, la actuación del titular registral debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas. La constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación dada la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales.

Dentro de la expresión, a que se refiere el art. 165 del Reglamento Notarial «datos del título del cual resulte la expresada representación», debe entenderse que uno de los datos más

¹³ Sentencias del Tribunal Supremo 366/1992 de 7 de abril y 141/2011 de 3 de marzo, relativas a la herencia yacente, y las Resoluciones de 2 de septiembre de 2011 (BOE de 28 de noviembre), 8 de mayo de 2014 (BOE de 3 de julio), 5 de marzo de 2015 (BOE de 21 de marzo), 9 de diciembre de 2015 (BOE de 28 de diciembre), 17 de marzo de 2016 (BOE de 6 de abril), 8 de septiembre de 2016 (BOE de 30 de septiembre), 26 de abril de 2017 (BOE de 16 de mayo), 7 de junio de 2017 (BOE de 28 de junio), 18 de octubre de 2017 (BOE de 11 de noviembre), 15 de febrero de 2018 (BOE de 27 de febrero) y de 14 de marzo de 2018 (BOE de 27 de marzo).

relevantes es su inscripción en el Registro Mercantil cuando sea pertinente. En otro caso, es decir, cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquella y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los arts. 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil (Resolución de 23 de febrero de 2001, BOE de 3 de abril).

El nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción (arts. 22.2 del Código de Comercio, 4 y 94.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil y 214.3, 233 y 234 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y, entre otras, Resoluciones de 13 de noviembre de 2007 (BOE de 30 de noviembre), para los cargos de sociedades, y de 15 de diciembre de 2017 (BOE de 4 de enero de 2018), para los apoderados o representantes voluntarios de sociedades).

El no condicionamiento de la previa inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento del cargo representativo o poder general para la inscripción del acto de que se trata no puede excusar la necesaria acreditación de la existencia y validez de la representación alegada, en nombre del titular registral, para que el acto concreto pueda ser inscrito sin la directa intervención de dicho titular registral (arts. 1, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria).

El hecho de que el nombramiento del administrador de la sociedad surta efectos desde su aceptación sin necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil, a pesar de ser ésta obligatoria, no excusa de la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo. Es decir, para que el nombramiento de administrador produzca efectos desde su aceptación, háyase o no inscrito dicho nombramiento en el Registro Mercantil, es preciso justificar que dicho nombramiento es además válido por haberse realizado con los requisitos, formalidades y garantías establecidas por la legislación de fondo aplicable. No se trata de oponibilidad o no frente a tercero, de buena o mala fe, del nombramiento de administrador no inscrito, sino de acreditación de la validez, regularidad y plena legitimación del que actúa en representación del titular inscrito en el Registro de la Propiedad en base a un nombramiento que no goza de la presunción de validez y exactitud derivada de la inscripción en el Registro Mercantil (Resolución de 29 septiembre 2016, BOE de 14 de octubre).

7. INEFICACIA DE LA PARTICIÓN

La partición inscrita despliega toda su eficacia frente a terceros. La declaración de ineficacia posterior sólo puede ser acordada por resolución judicial en el declarativo correspondiente. Al margen de las distintas causas de nulidad, anulabilidad o rescisión, que no son objeto de este estudio, la sentencia deberá acordar la cancelación de las inscripciones contradictorias con la nulidad acordada.

Entra en juego la protección al tercer adquirente de buena fe que otorga el art. 34 de la Ley Hipotecaria, de manera que quien ha adquirido a título oneroso confiado en la apariencia de titularidad que brinda la partición y adjudicación de bienes que consta en el Registro, será mantenido en su adquisición aunque después se anule dicha partición. La restitución de los bienes que por esta circunstancia no pueda realizarse al que ha ganado en juicio la titularidad del bien transmitido será satisfecha mediante una indemnización sustitutoria.

8. OTRAS CUESTIONES

8.1. Anotación del derecho del legitimario en el Registro de la Propiedad

Se plantea si basta la instancia directa del solicitante o es necesaria una declaración judicial para la anotación preventiva del derecho del legitimario. El art. 42.6 de la Ley Hipotecaria dispone, que podrán pedir anotación preventiva «los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos».

En cuanto a la anotación preventiva del derecho hereditario, el art. 46 de la Ley Hipotecaria entiende que no pueden solicitar directamente la práctica de la anotación quienes no pudieran promover el juicio de testamentaria, hoy procedimiento de división judicial de la herencia. Más en concreto, esta anotación puede pedirla cualquiera de los que tengan derecho a la herencia (herederos, legitimarios, legatarios de parte alícuota) o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar, como son los acreedores de la herencia (art. 146 del Reglamento Hipotecario).

Pero existen dos modos de obtenerla. Mediante solicitud, si es pedida por los herederos, legitimarios o personas que tienen derecho a promover el juicio de testamentaria o los acreedores de la herencia cuyos créditos no estén especialmente garantizados o afianzados por los herederos, siempre que justifiquen su crédito mediante escritura pública. O mediante mandato judicial en el resto de los casos, conforme los trámites del 57 y 73 de la Ley Hipotecaria. La Ley de Enjuiciamiento Civil, regula el procedimiento para la división judicial de la herencia, pudiendo solicitarlo cualquier coheredero o legatario de parte alícuota (art. 782.1 y.5).

Así, el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, no sólo puede interponer el juicio de división judicial de herencia, y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador partidor (Resolución de 2 de agosto de 2016, BOE de 23 de septiembre), sino que puede igualmente solicitar la anotación de su derecho hereditario en el Registro.

8.2. Embargo de derechos hereditarios

Es posible anotar preventivamente por deudas del heredero bienes inscritos a favor del causante, en cuanto a los derechos que puedan corresponder al heredero sobre la total masa hereditaria de la que forma parte tal bien. Pero es imprescindible la acreditación de tal cualidad de heredero. En el supuesto de ser hijo del titular registral, por ejemplo, no bastaría presentar certificación negativa del Registro de Actos de Última Voluntad, ya que la relativa eficacia de tal certificación (art. 78 del Reglamento Hipotecario), y la posibilidad de causas que impidan o hagan ineficaz el hipotético llamamiento de un hijo, hacen que sea imprescindible la presentación del título sucesorio que no puede ser otro que cualesquiera de los que enumera el art. 14 de la Ley Hipotecaria. Luego sí se puede anotar un embargo sobre los derechos que pudieran corresponder al deudor en la herencia del titular registral, respecto de un bien concreto, pero es preciso acreditar la condición en todo caso.

Tratándose de deudas propias del heredero demandado, el art. 166.1.2 del Reglamento Hipotecario posibilita que se tome anotación preventiva únicamente en la parte que corresponda el derecho hereditario del deudor, sin que esa anotación preventiva pueda hacerse extensible al derecho hereditario que pueda corresponder a otros herederos. Por ello, es imprescindible conocer el derecho hereditario del heredero deudor demandado, pues sólo y exclusivamente ese derecho puede ser objeto de la anotación preventiva de embargo. Y, para ello, será imprescindible aportar el título sucesorio correspondiente, exigiendo el citado art. 166.1.2 que se hagan constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos (art. 326 de la Ley Hipotecaria; 34, 78 y 166 del Reglamento Hipotecario, y Resolución de 6 de julio de 2016, BOE de 12 de agosto).

8.3. Acumulación de la acción de liquidación de gananciales en el proceso de división de herencia

La STS 954/2005 de 14 de diciembre admite la acumulación del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial al de división de la herencia cuando, habiendo fallecido uno o los dos cónyuges entre los que existía un régimen económico de comunidad (no el de separación de bienes), se pretende judicialmente la liquidación de éste y la división de la herencia del cónyuge o cónyuges fallecidos, y existe identidad subjetiva entre las personas interesadas tanto en aquella como en ésta. En consecuencia, además de liquidar el régimen económico matrimonial se ha de proceder a practicar la partición de la herencia de uno o de los dos finados (Resolución de 26 marzo 2014, BOE de 29 de abril).

La acumulación en modo alguno se puede considerar implícita. Por ello, no cabe extender el ámbito del procedimiento de división judicial de herencia más allá de lo establecido por el legislador, ni tampoco asimilar la función del contador designado en el seno de tal procedimiento (con una función ceñida a la práctica de operaciones divisorias, ex art. 786 de Ley de Enjuiciamiento Civil), a la del contador partidario testamentario, que tiene unas funciones más amplias.

8.4. Normas de derecho internacional privado. Reenvío a la ley española

El art. 21.1 del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, dispone una norma de conflicto principal, que determina que será ley aplicable a la sucesión la norma del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento.

Las normas en materia de conflicto de leyes establecidas en el Reglamento pueden llevar a la aplicación de la ley de un tercer Estado. En tales casos, se han de tomar en consideración las normas de Derecho internacional privado de ese Estado. Si esas normas disponen el reenvío a la ley de un Estado miembro o a la ley de un tercer Estado que aplicaría su propia ley a la sucesión, ese reenvío se debe aceptar a fin de garantizar la coherencia internacional. Aplicando esta norma puede que la legislación extranjera establezca un reenvío a la ley española, lo que no es contrario a los principios de unidad y universalidad que deben presidir el fenómeno sucesorio, sobre todo cuando los inmuebles se encuentran en España y el fallecido tenía aquí su domicilio. No se produce por tanto un fraccionamiento del mismo (STS 490/2014 de 12 de enero de 2015).

Mientras el art. 12.2 del Código Civil admite sólo el reenvío de primer grado, reenvío que no es obligatorio y está vinculado al sistema previsto en el art. 9.8 del Código Civil, el art. 34 del Reglamento¹⁴ recoge de forma imperativa determinados supuestos de reenvío desde la ley de un tercer Estado de primer o segundo grado que buscan la uniformidad internacional de soluciones y la proximidad con la ley aplicable (Resolución de 4 de julio de 2016, BOE de 12 de agosto).

El Reglamento crea un certificado que surtirá sus efectos en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial. El certificado prueba los extremos que han sido acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia. Y que la persona que figura en el certificado como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen, sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado.

Esta eficacia probatoria determina que no sea precisa la presentación adicional del testamento, base del certificado, ante el Registrador. Es decir, el propio certificado es un

¹⁴ La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a: a) la ley de un Estado miembro, o b) la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley.

documento autónomo que acredita quiénes son los herederos y demás circunstancias relativas a la sucesión, sin que deba presentarse además el título sucesorio extranjero en el que se basa, ya que sus extremos han quedado reflejados y «trasladados» por el fedatario o Notario extranjero competente en el certificado sucesorio. Así lo han entendido además las Resoluciones de 31 de enero de 2017 (EDD 2017/1827), 2 de febrero de 2017 (BOE de 22 de febrero), y de 1 de junio de 2018 (BOE de 21 de junio).

8.5. Normas impositivas

El art. 254 de la Ley Hipotecaria establece que «ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir».

Para ello es preciso hacer constar los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen. También se debe identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados, aunque este extremo es un defecto subsanable.

En las herencias o donaciones, como el sujeto pasivo de la Plusvalía Municipal es siempre el adquirente (heredero o donatario), será éste el que se tenga que ocupar del pago (por autoliquidación o declaración) y el que podrá aportar el correspondiente justificante al Registro junto con la escritura para su inscripción. Cuando se trata de transmisiones por causa de muerte el plazo es de seis meses, prorrogables hasta un año a solicitud del sujeto pasivo.

Si no consta la liquidación del impuesto, los documentos no se admitirán ni surtirán efecto en oficinas o registros públicos, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria o autorización expresa de la Administración, como establece el art. 33 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

La cesión del impuesto de sucesiones a las Comunidades Autónomas se produjo casi de forma simultánea a la aprobación de estas normas. La cesión se produjo por vez primera a través de la Ley 30/1983, de 28 de diciembre, y se ha ido reproduciendo en las sucesivas leyes de financiación, la última de las cuales es la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, que regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, y se modifican determinadas normas tributarias.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014 (asunto C-127/12) contempló el problema existente cuando son no residentes el heredero, el donatario o el causante, o se trata de la donación de inmueble sito en el extranjero. En estos casos el impuesto no está cedido a ninguna comunidad autónoma y debe pagarse al Estado, y aplicando normativa estatal, sin poder aplicar ninguna ventaja autonómica. Declara este Tribunal que la legislación estatal, al permitir tales diferencias de trato, constituye una restricción de la libre circulación de capitales, prohibida por el art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

9. CONCLUSIÓN

Nos encontramos ante una materia que no se ve afectada en la actualidad por una especial dedicación doctrinal y jurisprudencial. Sin embargo, la partición hereditaria afecta a la situación más natural y cotidiana en la vida de la persona como es el fallecimiento de quien nos transmite deudas y bienes; y de ahí su importancia.

La legislación europea ha incidido también en el terreno hereditario, aportando la creación del certificado sucesorio como un nuevo título sucesorio en nuestro derecho interno, que convive con los tradicionales: testamento y declaración de herederos, cuando el causante reside y fallece en país distinto a aquél en donde se encuentran sus bienes.

Aunque las normas impositivas y la carga del impuesto a soportar sean relevantes cuando nos enfrentamos a una transmisión de bienes *mortis causa*, desde un punto de vista

estrictamente procesal y registral la cuestión principal es determinar los elementos subjetivos y objetivos que debe reunir toda partición. Y la finalidad en esta materia es que tanto los Notarios en las escrituras públicas, como los Jueces y Letrados de la Administración de Justicia en sus resoluciones, actúen de forma homogénea y coordinada con los Registradores. Estos últimos deciden el acceso de los títulos al Registro con su calificación; pero todos ellos deben controlar con criterios comunes, que los negocios jurídicos relativos a la división y adjudicación de los bienes que deja la persona tras su fallecimiento se practiquen de forma eficaz y satisfactoria, con plena seguridad jurídica para todos.