

# Consulta

Don ..., viudo y sin herederos forzosos, otorgó testamento abierto en el que dispuso varios legados ; instituyó herederos voluntarios a algunos sobrinos, todos mayores de edad, y nombró comisarios partidores a otros señores, a quienes facultó pára que, mancomunada o solidariamente, practicasen las operaciones divisorias y las protocolizaran en regla.

Un comisario practicó, exclusivamente por sí, las operaciones particionales y las llevó para protocolizarlas, mediante acta notarial, a notaría cuyo titular es tío carnal de uno de los legatarios de cosa específica y determinada ; pero ni este sobrino es heredero, ni ninguno de éstos ni el comisario protocolizante son parientes del Notario requerido. ¿ Es incompatible dicho Notario para protocolizar las mencionadas operaciones divisorias ?

El consultante entiende que no hay incompatibilidad, pues si no existe, según opinan Escosura y Morell, esa incompatibilidad cuando se trata de protocolizar particiones aprobadas judicialmente, piensa que tampoco puede haberla en este caso de absoluta identidad, lo mismo en cuanto al hecho de protocolar que en cuanto a las razones y fundamentos de la incompatibilidad notarial por razón de interés o parentesco.

En efecto, el Notario protocolizante no fué el autorizante del testamento donde se consignó la disposición a favor del sobrino ; el legado es de cosa específica y determinada y ninguna influencia puede tener en el mismo el hecho de la protocolización ; el sobrino legatario no es heredero ; el comisario compareciente ningún parentesco tiene con el Notario protocolizante, ni éste con los herederos ni con ningún otro interesado en la sucesión mas que con el legatario expresado, y, por último, en el acta de protocolización se consigna un hecho, pero ningún derecho se establece a favor de persona alguna, pues no es de creer que pueda pensarse que el No-

tario que une a su protocolo, sin otra intervención mas que la mera de la unión material, un documento por otros formados sin el conocimiento ni intervención del repetido Notario, vaya éste, por tan mecánica acción, a establecer derechos o a obrar con parcialidad en asunto donde no tuvo parte.

No obstante lo expuesto, se desea conocer la acreditada opinión de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

#### DICTAMEN

En principio, no existe una prohibición legal que comprenda el caso consultado, ni hay graves objeciones que hacer desde el punto de vista de la ética profesional.

El papel del Notario a quien el comisario *entrega* un cuaderno particional es de una reconocida pasividad.

La Real orden de 10 de Diciembre de 1904, que se halla en cierto modo incorporada al Reglamento Notarial vigente, y que ha sido dictada con audiencia de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, declaró que la simple entrega al Notario de particiones hechas por comisario debía solemnizarse por acta y protocolizarse del propio modo que los expedientes judiciales.

El acto, así incorporado al protocolo, queda por lo tanto a una respetable distancia de la escritura pública, el comisario deja el carácter de *otorgante* para asumir el de *requirente*, las incompatibilidades por razón de la adquisición de derechos pierden su rigidez y la asimilación de la partición hecha por el comisario a la aprobada judicialmente acaba de confirmarnos en la opinión de que el Notario puede autorizar el acta de protocolización.

En cuanto al peligro de que el Notario, en las relaciones de heredero a legatario, incline la balanza a favor de este último, es tan improbable en el caso de legado de cosa específica y se halla tan supeditado a las declaraciones del comisario, en cuya redacción no interviene el mismo fedatario, que la conciencia más estrecha no vacilaría en cumplimentar el encargo de unir al protocolo el documento particional.

Este es el parecer del Comité de Consultas de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

Madrid, 23 de Septiembre de 1926.