

En torno a las facultades del contador-partidor

SUMARIO: INTRODUCCIÓN AL TEMA.—EL CONTADOR-PARTIDOR: SUS FACULTADES Y EL ÁMBITO DE SU PODER: REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

Nuestro Código Civil, que rechaza, como no podía ser menos, la posibilidad de testar en lugar de otro, vivo o difunto, según el artículo 670, permite, sin embargo, encomendar el causante a un encargado la partición de sus bienes. En este sentido, la función de dividir se atribuye al partidor —contador-partidor—, al paso que la de ejecutar la última voluntad del difunto es misión del denominado albacea.

Según el artículo 1.057 del Código Civil, el contador-partidor tiene la misión de dividir el caudal relicto: «El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos. Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno menor de edad o sujeto a tutela; pero el comisario deberá, en este caso, inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios».

Este precepto, que, en apariencia, no plantea dificultades, a poco que se profundice en su significado y en su interpretación, requiere de unas matizaciones precisas.

La primera interrogante que me planteo es hasta qué punto un comisario o contador-partidor tiene facultades para llevar a cabo determinadas operaciones que, a lo largo de su mandato, pueden presentarse y, de hecho, se presentan en la práctica con mucha frecuencia.

En función de una Resolución que fue dictada el 18 de mayo del año 2002, que será examinada, me planteo el análisis de las facultades del con-

tador-partidor. ¿Hasta dónde llegan sus atribuciones? ¿Cómo ha de desenvolverse, con arreglo a la normativa legal —del Código Civil— su encargo de partir los bienes relictos?

EL CONTADOR-PARTIDOR: SUS FACULTADES Y EL ÁMBITO DE SU PODER: REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La figura del contador-partidor, tal como la vemos expuesta en el Código Civil, constituye un cargo de Derecho Privado, que habrá de regularse en aquello que sea procedente, por las normas propias del albaceazgo y, subsidiariamente, como expresan LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1), por las del mandato, pero cuyo cometido se resuelve en una arbitración, decidiendo, en realidad, ante intereses contrapuestos, cuestiones no litigiosas de apreciación, valoración y distribución.

Albacea y contador-partidor son dos figuras, a mi juicio, independientes, si bien ambas confluyen —o debieran confluir, al menos— en un objetivo común y prioritario: Hacer cumplir la voluntad del testador-causante.

No siempre ha sido pacífica nuestra Jurisprudencia a la hora de distinguir, con nitidez, las figuras del albacea y del contador-partidor. Una sentencia, ya muy antigua, de 24 de febrero de 1905, afirmaba, sorprendentemente, que no podía distinguirse el cargo esencial de contador-partidor a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil del general del albaceazgo, por ser la función de partir una función propia e inherente al mismo, mientras que no sea limitada o excluida por la voluntad del testador.

Otra sentencia, esta vez de 23 de mayo de 1958, especificaba que el cargo de contador-partidor es inherente al albaceazgo, si el testador no ha dispuesto otra cosa.

Una sentencia, de 23 de noviembre de 1974, expresaba que el cargo de contador-partidor guarda cierta analogía con el de albacea y, por tanto, que le son aplicables las disposiciones que regulan éste en cuanto resultan compatibles con la naturaleza de aquél.

Si bien las sentencias hasta ahora mencionadas no contribuyen, en gran medida, a aclarar el panorama de las diferencias existentes entre los cargos de contador-partidor y albacea, sí, en cambio, resultan reveladoras de la existencia de lagunas en la normativa jurídico-civil, por lo que se refiere al cargo de contador-partidor, a sus facultades y a su desenvolvimiento en el marco legal.

(1) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Bosch, Barcelona, 1981.

En efecto, nuestro Código Civil dedica a la figura, sin duda importante, del contador-partidor, un precepto: El artículo 1.057, que ya ha sido transcrito antes. No se disipan, de esta manera, muchas de las dudas e interrogantes que, a este respecto, pueden presentarse en la práctica forense. Son, por tanto, la doctrina y, como en tantas otras ocasiones, la Jurisprudencia, las vías indicadas para ahondar en este tema que, a todas luces, interesa a muchos estudiosos y prácticos del Derecho, generando no pocos conflictos que, quizá, podrían haberse evitado si el precepto civil no fuera tan escueto. Para colmar, por tanto, las lagunas de la disciplina jurídica propia del contador-partidor, es por lo que el Tribunal Supremo razonaba que dicha figura, en cierta medida, podía ser regulada por las disposiciones que establece el Código Civil para la figura del albacea.

Interesante es, sin embargo, la a modo de equiparación que se hace, en ocasiones, entre la figura del contador-partidor y la del mandatario, a la que he hecho alusión anteriormente. En efecto, en algunas sentencias, nuestro Tribunal Supremo presenta al contador-partidor como una suerte de mandatario del testador para realizar la partición. Así lo entendió, por ejemplo, la sentencia de 23 de junio de 1930, e incluso la de 19 de febrero de 1962.

Otras sentencias del Supremo, como las de 25 de abril de 1963 y 11 de abril de 1967, precisaron que la partición realizada por aquél equivale a la hecha por el testador, por ser, en cierto modo, su representante.

Una sentencia de 27 de mayo de 1968 precisó aún más, afirmando que reemplaza *post mortem* a la persona del causante y ostenta sus mismas facultades para partir. Otra sentencia, esta vez de 17 de abril de 1943, declaró que la partición del comisario vale como si fuera hecha por el causante.

La sentencia de 11 de abril de 1967 subrayó el paralelismo entre ambas figuras, señalando, como únicas excepciones, la minoría o la incapacidad de algún coheredero.

Por fin, las sentencias de 3 de junio de 1950 y 2 junio de 1956 estimaron que se trata de un mandato *post mortem*.

A mi juicio, estas Resoluciones citadas hasta el momento abundan en la idea de que la misión del contador-partidor es, ni más ni menos, que cumplir con la voluntad del difunto, expresada en testamento. De ahí que la figura se aproxime, con cierta claridad, a la idea del mandato, siendo el contador-partidor, según esta tesis, un a modo de representante de la voluntad del causante. Esta tesis, que, a primera vista, es impecable, choca, sin embargo, desde mi punto de vista, con un valladar importante: En muchas ocasiones, como he tenido oportunidad de comprobar a lo largo de la práctica forense, los contadores-partidores, amparándose en sus facultades —y en lo ilimitado de éstas— actúan realizando la partición sin tener en cuenta, en todo momento, la voluntad del causante-testador. Si la normativa civil dedicada a este tema fuera más explícita, quizá podrían haberse evitado muchos de los pro-

blemas que, día a día, surgen y que son consecuencia, efectivamente, de una interpretación, sesgada y acomodaticia, realizada por el contador-partidor, de los deseos del testador.

Se ha afirmado, igualmente, que la partición realizada por contador-partidor reúne los caracteres de la denominada «partición por el testador», asignación de bienes concretos que impide la comunidad hereditaria, y de la otorgada por los herederos. Considerarla, sin embargo, como una especie intermedia entre ambas sería, quizá, arriesgado. En cambio, sí podría considerársela como esencialmente distinta de las dos mencionadas, con ciertas semejanzas externas, próxima a una división arbitral de carácter *sui generis*.

Hay que matizar, no obstante, algunas cuestiones, pues el comisario no tiene la facultad de disponer, sólo la de partir los bienes hereditarios. Tampoco es un representante del testador, al no poseer las atribuciones que éste tiene, ya que sólo se le confiere la facultad de hacer la partición, sin facultad de disposición en ningún momento.

Una interesante sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba recientemente, el 15 de febrero de 2002, distinguió la figura del contador-partidor de la del Letrado, al que se encomendó por la parte la dirección del litigio, por cuanto los contadores-partidores nombrados por el testador no se ponían de acuerdo a la hora de la formación del cuaderno particional. La sentencia afirmó que «es cierto que no estamos, en el caso de autos, ante un contrato de arrendamiento de servicios, al modo de la relación que se establece entre el letrado, al que se encomienda por la parte la dirección de un litigio, y que encontraría encaje legal específico en los artículos 1.544 y concordantes del Código Civil, sino que nos encontramos más bien ante un *sui generis* arrendamiento de obra, en el que al contador-partidor se le confía el encargo de confeccionar un cuaderno particional y partir el caudal hereditario...».

Un gran número de sentencias, en nuestro país, declaran que la partición realizada por el contador-partidor equivale a la hecha por el mismo causante. Aquí, sí cabría contradecir esta tesis, por una razón evidente: En muchas ocasiones, el comisario actúa sin tener en cuenta la voluntad del testador, por lo que mal puede afirmarse que la partición así realizada sea equivalente a la hecha por el propio causante.

En cualquier caso, al margen de las objeciones que estoy poniendo de relieve, parece evidente que los Tribunales han de respetar la partición hecha por el comisario, pero siempre que las legítimas queden incólumes.

Todo contador-partidor ha de realizar la partición respetando la última voluntad del causante. No obstante, existe, en esta materia, una cierta confusión. De un lado, hay que estimar que el comisario dispone de libertad de apreciación. En este supuesto, es claro que existirá un margen de error apreciable, permitido, en cualquier caso, pero con una limitación, como no podía

ser menos: No perjudicar en más de un cuarto de su cuota a alguno de los coherederos.

Asimismo, el comisario es libre de asignar los bienes a su prudente arbitrio, siempre y cuando no se demuestre que su criterio distributivo es disparatado o evidentemente parcial. Pensemos en el supuesto de que el comisario quiera beneficiar o perjudicar a cualquiera de los coherederos y, ante el encargo del testador, vea la ocasión propicia para hacerlo.

Si bien las facultades del contador-partidor son amplias —yo diría que son incluso demasiado amplias—, se presume su buena fe, salvo que se demuestre lo contrario. Es, por tanto, una presunción que tiene carácter de *iuris tantum*.

Una cuestión debatida y, sin duda, de gran polémica, la constituye la posibilidad de que el comisario pueda interpretar el testamento del causante. Para cierto sector de nuestra doctrina patria (2), dentro de los límites de su actuación —habría que ponderar, a mi juicio, cuáles son esos límites ante el silencio de la parca normativa al respecto—, esta facultad de interpretación va implícita en el mismo encargo de partir los bienes entre los herederos, en conformidad con las disposiciones testamentarias. Su misión, según este eminente jurista, no puede quedar en suspenso por las dudas que puedan surgir respecto de la voluntad del causante, pues incluso la expresada con absoluta normalidad puede admitir varias interpretaciones.

Una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 1997, es bastante expresiva a este respecto y, por ello, merece ser transcrita literalmente: «Promovida por don J. F. A. D. ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Valencia, demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra doña María Rosa A. T. y otros sobre rescisión de la partición de los bienes relictos de doña Rosa T. B. (...) recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado (...) se desestimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se asientan las siguientes conclusiones: A) Que no es enteramente claro que el contador-partidor haya desacatado la voluntad de su ordenante. En razón a la escasa regulación legal de la figura del contador-partidor, viene la doctrina científica entendiendo que son aplicables a su actuación las normas del albaceazgo (porque, a la postre, el contador no es más que una suerte de ejecutor testamentario, que es precisamente lo que, en su etimología, al waci, significa el término albacea, siquiera con facultades limitadas a la partición —inventario, avalúo, liquidación, reparto, pago de deudas— o bien las del mandato (arts. 892 a 911 y 1.709 a 1.739 del Código Civil, respectivamente), y se

(2) PUIG BRUTAU, citado por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V: *Derecho de Sucesiones*, citado en nota 1.

suele destacar que una de las principales obligaciones del mandatario —según el art. 1.719 del Código Civil—, es la de arreglarse, en la ejecución del mandato, a las instrucciones del mandante, y aquí las instrucciones de la causante, plasmadas en su último y definitivo testamento, consisten en rogar a los contadores que designaban que, entre otras cosas, pagasen su legítima estricta a don José Francisco exclusivamente en fincas rústicas; sin embargo, es igualmente cierto que se le otorgaban las más amplias facultades, incluida la de interpretar el propio testamento, y se suscita así el problema de si entre aquéllas figuraba también la de calibrar el alcance de los términos de que el disponente se sirvió para regular los detalles de la distribución del haber relicto. Se ha observado que, si bien el artículo 1.061 del Código dispone que en la partición de herencia se ha de guardar la posible igualdad haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, norma que chocaría con lo aquí mandado por doña Rosa T. Diciendo que a su hijo José Francisco se le pagase su legítima estricta exclusivamente con fincas rústicas (...), el propio testador no está vinculado por tal precepto y la libertad de que, por ello, goza él para efectuar la distribución de sus bienes, no encuentra cortapisa legal para que pueda ser transferida al contador-partidor que, en fin de cuentas, no es más que un delegado suyo al que se encomienda la concreta misión de partir. La legitimidad, pues, del mandato de que se procediese en esa forma —atribuyendo sólo fincas rústicas— queda fuera de toda duda, pero la que subsiste, en cambio, es la de si utilizando ese término de rogar, ha querido la testadora ordenar o disponer algo con carácter imperativo dando forma a su voluntad mediante el uso de un vocablo que la cortesía obliga a preferir al de mandar u ordenar, o si, realmente, lo que ha deseado hacer en esta ocasión ha sido aconsejar o expresar sus preferencias en un determinado sentido, pero sin limitar la actuación del partidor para apartarse de ellas. Rogar es también la palabra que en ese testamento se usa para solicitar de los herederos (forzosos) e instituidos permitan al sobreviviente consorte de la testadora el usufructo universal viudal de los bienes de su herencia (...), pero en esta ocasión se revela claramente el carácter de orden que a la advertencia ha querido imprimirse (con independencia del vocablo utilizado para darle forma) por cuanto, a renglón seguido del ruego, figura la sanción con que se penalizará a quienes contravengan ese deseo de la testadora (...)» (Fundamento de Derecho Primero).

«El motivo segundo (...) sostiene que dada la nulidad que cabe predicar de la partición hecha por el contador-partidor, por no haber respetado la voluntad del testador, ha de atribuirse legitimación al demandante para postular su rescisión, motivo cuya desestimación viene arrastrada por la no estimación del motivo primero, pues si se entiende que la aludida partición respetó la indicada voluntad, interpretada del modo en que lo hace la Sala de las disposi-

ciones testamentarias, es necesario concluir que no puede apoyarse la legitimación activa en una nulidad radical que no se acepta por la resolución recurrida ni se estima por esta Sala de Casación» (Fundamento de Derecho Tercero).

Esta sentencia es expresiva en cuanto a la problemática de la interpretación del testamento hecha por contador-partidor. Al no prever nada el Código Civil a este respecto, hay que concluir en la idea de que la interpretación del contador-partidor no es vinculante. Pero serán los perjudicados —o que se crean perjudicados— los que puedan discutir el asunto ante los Tribunales, decidiendo éstos, en consecuencia, cuál es la interpretación correcta del testamento. En todo caso, la interpretación efectuada por el contador-partidor no prejuzga la cuestión, ni tiene en su favor una presunción *iuris tantum* de certeza. No obstante esta afirmación, la Jurisprudencia ha establecido la concesión de la facultad de interpretar el testamento al comisario, lo que implica que la decisión por él efectuada haya de ser aceptada por el Registro de la Propiedad, mientras no sea impugnada y aceptada su impugnación ante los Tribunales por los interesados, según las sentencias de 12 de diciembre de 1906, 12 de diciembre de 1912, 29 de abril de 1913, 23 de julio de 1925 y 12 de diciembre de 1927, entre otras muchas.

En nuestro país, dada la situación existente, con el vacío en sede normativa, tal como ya ha quedado apuntado anteriormente, hay que entender que las facultades del contador-partidor son muy amplias. La sentencia de 16 de marzo de 1996, dictada por el Supremo, afirmaba que «las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor equivalen a las practicadas por los propios testadores, por lo que, según la sentencia de 18 de febrero de 1987, «al haberse hecho por contadores-partidores nombrados por él, tal partición equivale a la hecha por el testador y debe ser respetada —sentencia de 26 de abril de 1963—, no precisando el consentimiento de los interesados al no tener carácter contractual —sentencia de 17 de junio de 1963— a diferencia de la hecha por los coherederos»; por otra parte, dice la sentencia de 25 de abril de 1994, que «las facultades de todo contador-partidor, por muy amplias que sean, quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales y las mismas han sido aceptadas por los herederos interesados, sin que posteriormente pueda modificar la partición, por su exclusiva y unilateral decisión sin contar con el consentimiento unánime de dichos herederos, que habían aceptado plenamente la inicialmente pactada.

Por ello, no teniendo la partición del contador-partidor carácter contractual y careciendo de facultades para modificar, por sí y ante sí, la partición practicada, no cabe aplicar al caso las normas relativas al error en los contratos que, además, serían causa de anulabilidad de la partición, no de rescisión, que es lo que en la demanda se pide. Decae así este tercer motivo».

Es evidente, por tanto, tal como ha quedado reseñado, que la partición realizada por contador-partidor es válida mientras no se impugne judicial-

mente y que sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador.

En este sentido, una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de marzo de 2001, es muy reveladora a este respecto. Los hechos se reconducen a lo siguiente: «En testamento otorgado el 27 de junio de 1989, ante doña Ana F. T. G., Notaria de Mora, don Manuel Q. Ch. nombró dos albaceas contadores-partidores de sus bienes, los cuales, fallecido el testador, el 23 de noviembre de 1995, aceptaron por acta de 3 de abril de 1996, el cargo y practicaron las operaciones particionales de la herencia, que fueron elevadas a escritura pública con fecha 4 de marzo de 1998, ante el Notario de Consuegra, don Alberto J. M. C. En el Fundamento de Derecho Primero se expresan las disposiciones testamentarias y las operaciones particionales que interesan en este recurso.

»Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Orgaz, fue calificada con la siguiente nota: “Se suspende la inscripción del precedente documento por no comparecer los legitimarios, ni prestar su consentimiento en la presente partición. NO se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado, Orgaz a 9 de junio de 1998. El Registrador. Firma ilegible”».

«El Procurador de los Tribunales, don Manuel C. P., en representación de doña Felicidad R. V., interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: 1.º Que el artículo 434 del Reglamento Hipotecario hace referencia a la obligación de consignar en la nota de calificación la causa o motivo que ha dado lugar a la suspensión o denegación de la inscripción del título. Que, desconociéndose por falta de mención, el artículo o doctrina vulnerada, se produce una incertidumbre que conduce a la indefensión. 2.º Que el título de que se trata es un cuaderno particional debidamente protocolizado, elaborado por dos albaceas contadores-partidores solidarios, nombrados por el causante en su última disposición testamentaria, para la confección de las operaciones de partición de los bienes dejados a su muerte, contando para ello con las más amplias facultades admitidas en derecho para realizarlas, las cuales se llevan a efecto dentro de plazo. Que la doctrina, tanto legal como científica, de una forma uniforme sostiene que las operaciones particionales llevadas a cabo por el contador-partidor no necesitan del concurso de los herederos. En este sentido, entre otras, las Resoluciones de 12 de diciembre de 1927 y 3 de agosto de 1944, y las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1943 y 27 de mayo de 1968. Que el artículo 1.057 del Código Civil contempla la figura del contador-partidor, pero nada menciona de la necesidad del concurso de voluntades de éste y los legitimarios del causante para que sea válida la partición realizada. Que dicho precepto hay que ponerlo en relación con el artículo 1.056 del mismo cuerpo legal y la jurisprudencia y resoluciones que dicen que la partición realizada por el

contador-partidor equivale a la hecha por el propio testador y, por tanto, presupuesto el encargo realizado por el causante aquella partición se basa sólo en la voluntad unilateral de aquél, sin necesidad del consentimiento o aceptación. Así, el contador está en su derecho de partir él sólo, prescindiendo de los herederos, de modo que éstos no pueden imponerle su intervención. Que el título rechazado es susceptible de inscripción directa en el Registro de la Propiedad sin necesidad de actos complementarios, y ni siquiera es necesario para el acceso del título en el Registro de la Propiedad la aceptación de la herencia por los herederos. Que en este punto se citan las Resoluciones de 5 de octubre de 1880, 19 de junio de 1929 y 3 de agosto de 1944. Que la nota del señor Registrador deja vacío de todo contenido a la figura del contador-partidor testamentario contemplado en el artículo 1.057 del Código Civil. Que su nombramiento se entiende hecho por el testador en beneficio de todos los herederos para eliminar toda posible contienda litigiosa entre ellos en la partición» (Fundamento de Derecho Tercero).

«El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: 1.º Que la nota de calificación recurrida cumple perfectamente con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Que no hay precepto legal, sentencia o resolución que exija a la nota de calificación citar un precepto legal concreto o antecedentes jurisprudenciales. Que en este punto hay que tener en cuenta lo que dicen los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 454 del Reglamento Hipotecario y la Resolución de 25 de febrero de 1953. Que la nota recurrida cumple todas las exigencias legales y jurisprudenciales al señalar el defecto observado. 2.º Que es principio fundamental de nuestro derecho que el testamento es la Ley de la sucesión. Que el contador-partidor nombrado en el testamento por el causante debe proceder a realizar lo acordado por él y en la forma en que lo estableció, siempre que sea posible y dejando a salvo las legítimas. Que debe realizar todas las operaciones necesarias que conduzcan primero a la partición y luego a la adjudicación de los bienes hereditarios, respetando siempre la voluntad del testador manifestada en su testamento. En este caso concreto, dos de las fincas que se asignan a los hijos, según el testador, estaban tituladas fiduciariamente a nombre de su hija, pero que eran de su propiedad, no obstante se encuentran inscritas a nombre de su hija. Esta cuestión la dan por buena los contadores partidores sin tener en cuenta la opinión del titular registral, que es una de las herederas legítimas y no sólo no la consideran, sino que actúan contra su expresa voluntad, que tuvo ocasión de dar a conocer en el requerimiento que les hizo la Notaria de Mora, el 30 de abril de 1996. Que se acompaña con los títulos objeto de calificación. Que, por tanto, se plantea una cuestión litigiosa que corresponde resolver a los Tribunales, pues sin su consentimiento será imposible inscribir en el Registro esas fincas a favor de otros titulares. Que es objeto de calificación la forma en que los contadores-partidores, excediéndose de su función, no

cumplieron la voluntad del testador, sin contar con el consentimiento de los legitimarios herederos, cuya participación lo hubiese subsanado. Que aun después de otorgar testamento, el testador contrajo matrimonio con la legataria, pero no modificó aquél, y a las disposiciones testamentarias, en las que le concede el usufructo de una determinada vivienda, debe añadirse su cuota legitimaria como viuda, que al concurrir con descendientes se reduce al usufructo del tercio de mejora. Que con las operaciones que se exponen en el Fundamento de Derecho Primero, en las que no se adjudica la quinta parte de todos los bienes a la esposa, los contadores-partidores modificaron la voluntad del testador expresada en su testamento y por tanto se excedieron en su función y, por ello, para que sea válida, es necesario el concurso de los herederos y el Registrador en el ejercicio de su facultad calificadora, recogida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria suspendió la inscripción de la partición, por no concurrir el consentimiento de los legitimarios (...)» (Fundamento de Derecho Cuarto).

El Fundamento de Derecho Quinto declara, de forma rotunda, que los contadores-partidores se habían extralimitado a la hora de hacer la partición, así como en la entrega de legados, pues no estaban facultados para ello.

Sobre este importante punto hay que resaltar que, en muchas ocasiones, tal como he tenido oportunidad de comprobar a lo largo de la práctica en el ámbito notarial, en los testamentos aparece incorporada, de manera generalizada, una cláusula en la que se otorga a los contadores-partidores nombrados testamentariamente la facultad de la entrega de legados, e incluso se especifica que son nombrados por el testador «gozando de las más amplias facultades».

Esta práctica, a mi juicio, es contraproducente, pues conduce a que los contadores-partidores gocen de unas facultades o, por mejor decir, unos poderes ilimitados, actuando sin contar con el concurso, que siempre y en todo caso debería ser requisito imprescindible de los herederos.

El Fundamento de Derecho Sexto declaró que «el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha consideró convalidado el defecto de la falta de motivación de la nota del Registrador por el traslado que se dio a la parte recurrente en las actuaciones, y habiendo aceptado ésta la imposibilidad de inscripción de los bienes de propiedad fiduciaria, por la falta de intervención en la partición del titular registral, la cuestión controvertida se reduce a determinar si, a los efectos de acceso del título al Registro de la Propiedad, los contadores-partidores testamentarios necesitan el consentimiento de los herederos para realizar el encargo recibido del causante y en cuanto a ello revocó la nota del Registrador, fundándose en que en nuestra legislación vigente no se establece la necesidad del concurso de voluntades del contador-partidor y los herederos del causante para que la partición realizada por aquél sea válida. Que, conforme a lo establecido por el artículo 1.057 del Código Civil, la partición del contador es semejante a la realizada por el

propio testador, según la jurisprudencia, debiendo ser respetada mientras las legítimas queden incólumes. Que a pesar de que el Registrador entienda que el cuaderno particional no menoscaba las cuotas legitimarias, considera que los contadores se exceden en sus funciones y hay que señalar que los Tribunales de Justicia son los competentes para declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador (...)» (Fundamento de Derecho Sexto).

«(...) Que en cuanto a la afirmación que hace al auto respecto a que el recurso se reduce a determinar si los contadores partidores testamentarios necesitan el consentimiento para poder realizar el encargo recibido del causante, hay que remitirse a la nota recurrida. Que en cuanto a la afirmación que se atribuye al Registrador de que el cuaderno particional no menoscaba las cuotas legitimarias, se decía en el informe que la necesidad de concurrir los legitimarios se debía a que los contadores-partidores se habían excedido en sus facultades desvirtuando las disposiciones testamentarias. En este punto hay que considerar lo que dice la Resolución de 14 de septiembre de 1964. Que la mayoría de la doctrina mantiene la necesidad de la intervención de los legitimarios que ha confirmado la Resolución de 19 de julio de 1962, fundándose en el principio de intangibilidad de las legítimas. Que, además, en el caso que se estudia, el causante no concedió a los albaceas contadores-partidores facultades especiales para entregar los bienes hereditarios por sí solos. 3. Que la afirmación del auto de que el Registrador no puede entrar en la calificación de los actos realizados por los contadores, atribuyendo esa facultad a los Tribunales de Justicia con exclusividad, choca con el texto del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y con la Resolución de 22 de enero de 1927. Que conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria, el título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro es el testamento; por lo tanto, la calificación registral debe recaer necesariamente en el examen del testamento y en la escritura de partición (...)».

Esta Resolución es, sin duda, reveladora de hasta qué punto, en nuestro país, las facultades del contador-partidor son muy amplias. Hay, efectivamente, una presunción *iuris tantum* de validez de la partición realizada por el comisario (o comisarios). Mientras la partición no se impugna judicialmente, se presume que el comisario ha actuado, al realizar la partición, en armonía con lo querido por el testador, es decir, cumpliendo su última voluntad. Sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad del proceder de los contadores-partidores con lo querido por el testador. Por lo tanto, la interpretación que éstos hagan del testamento, en un principio, se presume válida, salvo prueba en contrario. De ahí que los herederos hayan de pasar por la partición, salvo en un supuesto: Cuando ésta perjudique la legítima de los herederos forzosos y altere los derechos que se derivan del testamento.

La presunción de validez de la partición efectuada por comisario —presunción *iuris tantum*, como ha quedado expuesto— comporta que, en caso de desacuerdo, sean los herederos los que deben impugnarla, demostrando que han sido perjudicados. ¿Qué sucede respecto al viudo o viuda del causante?

Veamos, a este respecto, una interesante sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de octubre de 1993: «Doña Cira Delia G. R. y sus hijos don Guillermo, don Agustín, don Antonio Andrés, don Esteban, doña Ana María y doña María de las Mercedes Q. G. (habidos de su matrimonio con don Eugenio Q. R.), promovieron juicio declarativo de nulidad o rescisión de partición de bienes hereditarios y otros extremos, contra doña María Eugenia y doña Josefa Delia Q. R. (hijos del primer matrimonio que el referido don Eugenio contrajo con doña Irene R. V.) y contra don Francisco A. R., pretendiéndose, en primer lugar, la declaración de nulidad del negocio jurídico contenido en el cuaderno particional de los bienes quedados al fallecimiento de don Eugenio Q. R. y hecho por el contador-partidor testamentario don Francisco A. R., de fecha 3 de enero de 1983 y protocolizado en 21 del mismo mes y año, y ello con todas sus consecuencias, como: devolución de los frutos percibidos y recibidos por las dos demandadas a virtud de la partición, reintegro a los actores de los gastos satisfechos a consecuencia del otorgamiento y protocolización del cuaderno particional, y nulidad y cancelación de las inscripciones hechas en los Registros de la Propiedad a consecuencia de las adjudicaciones de inmuebles hechas, o en el Registro Mercantil, y, con carácter subsidiario, la declaración de nulidad de la cláusula final tercera del mencionado cuaderno, con la consecuente declaración respecto a que la viuda del causante, como titular de un derecho de usufructo universal y vitalicio durante el período de indivisión, no tiene que rendir ni liquidar cuentas, y con declaración, asimismo, de la pérdida por doña María Eugenia Q. R., por haber reclamado su participación en la herencia paterna, de cuanto le correspondería en los tercios de libre disposición y mejora, con adjudicación sólo de su participación en el tercio de legítima estricta y, en defecto de las declaraciones de nulidad solicitadas, se pretendía la rescisión de la partición por los graves daños irrogados a los actores a fijar su cuantía en ejecución de sentencia, y la devolución por las demandadas de cualesquiera cantidades percibidas indebidamente, con fijación de su cuantía en la fase de ejecución. Las pretensiones así ejercitadas fueron desestimadas por el Juzgado de Primera Instancia, número 4, de Las Palmas de Gran Canaria, en sentencia de 6 de junio de 1990, en la que se declaró la plena validez y eficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales y particiones hereditarias del causante don Eugenio Q. R., contenidas en la escritura pública de fecha 21 de enero de 1983, y se condenó a la parte actora al cumplimiento de sus cláusulas, con la consecuente absolución de los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda, pero dicha sentencia fue revocada por la dictada en 30 de junio

de 1992, por la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Las Palmas, en el sentido de declarar la nulidad del negocio jurídico contenido en el cuaderno particional de los bienes quedados al fallecimiento de don Eugenio Q. R., hecho por el contador-partidor testamentario don Francisco A. R., el 3 de enero de 1983 y protocolizado el 21 del mismo mes y año, cuya escritura de protocolización también se declara nula, y, asimismo, se acordó: dejar sin efecto lo ejecutado en virtud de la partición, la restitución de cuantos frutos se hubieren percibido y la cancelación en el Registro de la Propiedad de todas las inscripciones efectuadas, y, por último, se desestimó la demanda en cuanto a la declaración de perder doña María Eugenia Q. R. lo que le corresponda en los tercios de libre disposición y mejora en la herencia paterna, como consecuencia de la reclamación de su participación en ella. Y es esta segunda resolución la recurrida en casación por doña María Eugenia Q. R. (...)».

El Fundamento de Derecho Segundo de esta sentencia señaló que, efectivamente, la liquidación de la sociedad de gananciales es un requisito previo a la partición de la herencia, pero, para realizar la misma, el contador-partidor no precisa del consentimiento expreso del cónyuge supérstite.

En el supuesto examinado, hay que resaltar que el contador-partidor no practicó por sí solo la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que se basó, precisamente, en la relación de bienes gananciales y privativos que la viuda presentó tanto en la Delegación de Hacienda como, más tarde, en la diligencia de inventario practicada en el juicio voluntario de testamentaría, en el que se personaron todos los recurridos, no siendo impugnada dicha diligencia por ninguna de las partes personadas. Al presentar esa relación de bienes en el juicio voluntario de testamentaría, se entiende que la viuda otorga un a modo de «consentimiento tácito», para que el contador-partidor lleve a cabo la partición de la herencia. Asimismo, la viuda había liquidado el Impuesto de Sucesiones en Hacienda y, para ello, había presentado la citada relación de bienes.

La tesis del «consentimiento tácito» es confirmada en muchas sentencias del Tribunal Supremo. Citemos las de fecha más reciente: 26 de mayo de 1986 y 19 de diciembre de 1990.

En el cuaderno particional, según declaró el Supremo, se había respetado cada uno de los bienes que la viuda había incluido, así como la valoración de los mismos, por lo que era evidente, en este supuesto, que la parte recurrida no podía ir en contra de sus propios actos.

Reconoce el Supremo, asimismo, que la partición realizada por contador-partidor es válida, siempre que se efectúe de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1.057 del Código Civil —este precepto, que ya ha quedado examinado anteriormente, es parco, y de él no puede extraerse una norma de interpretación—, constituyendo la partición, en consecuencia, un acto válido que obliga

a los herederos a pasar por ella, salvo cuando perjudique la legítima de los herederos forzosos y/o altere los derechos derivados del testamento.

El Fundamento de Derecho Cuarto de la referida sentencia estimó que «si bien es cierto que una vez disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su liquidación, que se comenzará por un inventario del activo y pasivo de la misma, artículo 1.396 del Código Civil, y que la liquidación es un proceso complejo hasta conseguir que los bienes que constituyen la liquidación se integran en otros patrimonios diferentes, lo que supone, en principio, la intervención del cónyuge supérstite, no lo es menos que en el caso concreto de autos, el contador-partidor don Francisco A. R. efectuó las operaciones particionales con base en el inventario de bienes confeccionado por la viuda respecto a los que quedaron al fallecer el causante y presentado a Hacienda, primero, y, después, en el juicio de testamentaría, al igual que es cierto que con arreglo a dicho inventario el contador practicó la liquidación de la extinta sociedad de gananciales, y dividió el haber resultante del modo expresado en el artículo 1.404 del Código Civil y a tenor de las cláusulas testamentarias. Todo ello permite entender que la referida liquidación no cabe calificarla cual un negocio jurídico unilateral en sentido estricto al estar fundamentado en su totalidad en la relación de bienes que la viuda realizó y presentó, lo que significa que, por medio de tales actos, contribuyó y cooperó indirectamente, de modo decisivo, en la operación liquidatoria de la sociedad de gananciales. No obsta a lo expuesto la circunstancia de que la presentación inicial de la mentada relación tuviera una finalidad puramente fiscal, pues fue seguida de la tenida lugar en el juicio de testamentaría, y, desde luego, no es óbice, tampoco, para que la repetida relación de bienes deba ser estimada como inequívoca declaración o manifestación de voluntad de la viuda acerca del haber patrimonial a tener en cuenta en las futuras operaciones particionales, entre ellas, las de liquidación de la sociedad de gananciales».

Las consideraciones efectuadas en el Fundamento de Derecho anterior llevaron al Supremo a estimar que existió una implícita intervención de la viuda en la liquidación de la sociedad de gananciales llevada a cabo por el contador-partidor, el cual había sido nombrado por el testador, «(...) la dicción del artículo 1.057 del Código Civil autoriza a equiparar la partición hecha por aquél a la realizada por el testador, y esto así, procede concluir que la partición cuestionada no perdió su validez y eficacia por la falta de intervención directa y explícita de doña Cira Delia G. R. en la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que conduce, por tanto, a estimar que el Tribunal *a quo* vino a infringir la doctrina jurisprudencial citada en el motivo del recurso acerca del consentimiento tácito y de los actos propios, y a casar, consecuentemente, la sentencia recurrida».

Es evidente, a través de la Jurisprudencia examinada, así como de la práctica, que el contador-partidor puede liquidar la comunidad conyugal con

el concurso del cónyuge supérstite y sin la concurrencia de los herederos. Según exponían VALVERDE y CASTÁN (3), la liquidación de los gananciales deben hacerla el cónyuge viudo y los herederos del premuerto actuando por unanimidad, pudiendo, a lo más, dar intervención al comisario en representación del causante, si bien hay que tener en cuenta que el encargo del testador sólo alcanza a partir la herencia y no la comunidad conyugal.

Sin embargo, tal como exponen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (4), los inconvenientes prácticos de esta regulación son graves y, como en último término, es de suponer que el causante debería igualmente encargar al comisario esta gestión previa, la mayor parte de la doctrina aprueba la Jurisprudencia, aunque para ello haya de dar de lado a dos fuertes objeciones: 1.^a Que no cabe presumir en el causante, a partir del encargo de dividir entre sus herederos, la colación de una facultad distinta y de disposición, cual es la determinación, frente a otra persona, de la masa partible; y 2.^a Que, con arreglo al artículo 1.057, el causante no podría conferir al comisario una posibilidad de actuar que exceda de la mera facultad de hacer la partición.

Hay que resaltar que, en nuestro Ordenamiento Jurídico existe un espíritu favorable a la conservación de la partición realizada por comisario. En este sentido, es interesante la lectura de algunas de las sentencias que se han referido, más o menos directamente, a este tema. Así, una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, el 15 de octubre de 1991: «(...) el valor de un cuaderno particional hecho por contador-partidor único, que actúa con libertad en su apreciación de los bienes y puede asignarlos a su prudente arbitrio mientras no se demuestre que lo hace parcialmente, tiene, *prima facie*, a su favor una presunción *iuris tantum* de acierto, porque ha observado lo que interesa en toda partición, la debida proporcionalidad entre los partícipes (sentencias de 24 de noviembre de 1960 y 25 de febrero de 1969), destacándose que el espíritu del legislador es conservar en lo posible la partición hecha, validez que se mantiene en el presente litigio, puesto que no se ha probado por el actor que el contador-partidor único haya obrado en ignorancia de este criterio de proporcionalidad e igualdad al redactar el cuaderno particional impugnado que el Juez *a quo* califica de exacto, imparcial, detallado y cumplido».

Como puede observarse, las facultades del contador-partidor, a la vista de lo examinado, son tan numerosas, tan sumamente amplias que, en realidad, la presunción *iuris tantum* de validez de la partición por él efectuada conduce a que, en caso de no ajustarse a las disposiciones testamentarias, sean los herederos lo que deban impugnar aquélla, probando, fehacientemente, que han sido perjudicados en sus derechos sucesorios.

(3) CASTÁN, JOSÉ, *Derecho Civil español: Derecho de Sucesiones*, 1980.

(4) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, citado.

Hay, no obstante, una cuestión importante que me parece oportuno, a modo de conclusión, reseñar: No está el contador-partidor facultado o, en otras palabras, no tiene atribuciones para transformar en adjudicaciones en pleno dominio las adjudicaciones en usufructo y nuda propiedad ordenadas por el testador. Así lo declaró una Resolución de la Dirección General de los Registros de la Propiedad de Madrid, de 18 de mayo de 2002. En consecuencia, se denegó la inscripción porque la partición realizada no se ajustaba a lo dispuesto en el testamento, según el cual el usufructo universal debía adjudicarse a la viuda y la nuda propiedad a los dos hijos.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA
Doctora en Derecho
Abogada