

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

18. NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE ENTREGA DE LEGADO DE COSA ESPECÍFICA INMUEBLE OTORGADA POR EL LEGATARIO Y UNOS ALBA-CEAS CONTADORES-PARTIDORES NO FACULTADOS ESPECIALMENTE PARA ESTO POR EL TESTADOR, SINO MERAMENTE NOMBRADOS COMO TALES «PARA TODOS LOS EFECTOS Y CON TODOS LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES ANEJOS A DICHO CARGO», SIN EL CONSENTIMIENTO DE LOS HEREDEROS Y SIN QUE AQUELLOS OTORGANTES TAMPOCO REALICEN LAS OPERACIONES PARTICIONALES.

Resolución de 12 de julio de 1974 (B. O. del E. de 19 de agosto).

Antecedentes de hecho.—Doña Pilar García López falleció en Zaragoza el 18 de diciembre de 1967 en estado de soltera y bajo testamento abierto, otorgado el 29 de marzo anterior ante el Notario de la citada ciudad don Francisco Palá Mediano; dicho testamento contiene, entre otras, las siguientes cláusulas: «Séptima: En prueba de reconocimiento y gratitud a favores, atenciones y servicios que en vida ha recibido dispone también los siguientes legados: a) a los Padres Escolapios de Zaragoza, las tres casas propiedad de la testadora, sitas en la calle Flandro, de Zaragoza, números 1-3, 5 y 7... Novena: De todos los demás bienes que como propie-

dad de la testadora existieren a su fallecimiento, nombra herederos universales, con franca y libre disposición, pero en la cuantía y modalidades que luego se dirá, a sus primos Demetrio, Augusto y Armando López Morales, y César Martínez López, y a sus sobrinos José María y Asunción García Higuera; en total, seis herederos, y si alguno de ellos premuriera a la testadora, se reconocerá derecho de representación a los hijos legítimos respectivos... Undécima: Nombra albaceas contadores-partidores para todos los efectos y con todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo a don Benjamín Temprano Temprano, Presbítero y Catedrático, jubilado, del Instituto Nacional de Enseñanza Media «Goya», de Zaragoza; a don Enrique de Gregorio Peral, Médico y vecino de Zaragoza (San Miguel, 1), y a don Felipe Zazurca Casbas, Abogado, vecino de Zaragoza (paseo de María Agustín, 9). Para el cumplimiento de su misión concede a dichos albaceas el plazo de dos años o tres si en los primeros no hubieran logrado ejecutar por completo este testamento. Los albaceas, por el orden en que han sido nombrados, elegirán para cada uno de ellos un objeto de la casa como recuerdo... Duodécima: La testadora prohíbe recurrir en modo alguno a la autoridad judicial para provocar cuestión alguna relacionada con la ejecución de este testamento, y si alguno de los herederos o legatarios lo hiciera perderá automáticamente la parte de herencia o legado que en este testamento se le asigna, y su porción hereditaria o legado acrecerá a la herencia; y el 7 de diciembre de 1970, o sea, dentro de los tres años concedidos por la testadora, los albaceas contadores-partidores otorgaron escritura ante el Notario recurrente para formalizar la entrega del legado hecho a los Padres Escolapios, consistente en las tres casas señaladas en la cláusula séptima del testamento.

Prevía liquidación del impuesto sucesorio, se presentó en el Registro de la Propiedad de Zaragoza número 2, junto con otros documentos complementarios, primera copia de la anterior escritura, que fue calificada con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción solicitada porque siendo aplicables, por insuficiencia normativa, a los contadores-partidores los preceptos del albaceazgo, al no estar expresamente facultados los referidos contadores-partidores para entregar legados de cosa inmueble, se precisa para efectuar dicha entrega el consentimiento de los herederos. El defecto se estima insubsanable, por lo que no procede anotación de suspensión, amén de que no ha sido solicitada.»

El Notario de Zaragoza autorizante del instrumento, don Leonardo Camón Aznar, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que según el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, la escritura de partición se otorgará, en primer término, por las personas facultadas para ello o, en su defecto, por los herederos; que, en consecuencia, habiendo albaceas contadores-partidores designados para todos los efectos y con todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo, con prohibición por la testadora de cualquier intervención judicial, no puede ofrecer duda la procedencia de la inscripción solicitada; que la designación en el testamento de los nombrados como albaceas contadores-partidores les atribuye las más amplias facultades representativas del causante; que el concepto de Comisario, anterior al Código civil, como compendio de facultades para la ejecución testamentaria, no ha sido abolido por este Cuerpo legal al cambiar tal nombre por el de Partidor encargado de todas las operaciones sucesorias; que el mismo Código civil, en su artículo 1.057, habla en su párrafo primero de la facultad de hacer la partición, y en el párrafo segundo le llama Comisario; que la sentencia de 24 de marzo de 1928, recogiendo la analogía, establece como similares los cargos de Comisario y Partidor; que aunque el Código civil no contiene una relación exacta de las facultades de los albaceas contadores-partidores, lo lógico es no limitarlas, sino incluir todas aquellas que sean necesarias para cumplir su cometido; que a mayor abundamiento, la Ley de Enjuiciamiento Civil

puntualiza estas operaciones al regular el juicio de testamentaria, señalando en el artículo 1.092 la entrega a los interesados de aquello que les haya sido adjudicado, refiriéndose concretamente el 1.093 a los herederos y legatarios; que no hay en la doctrina jurídica discrepancia fundamental en considerar a los albaceas contadores-partidores como mandatarios *post-mortem* del testador, con amplísimas facultades al identificarse con el propio causante que les nombró; que así lo reconocen el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 5 de julio de 1947, 25 de abril de 1963, 11 de abril de 1967 y 27 de mayo de 1968, y la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 15 de julio de 1943, que excluyen la intervención de los herederos, cuya aceptación ni siquiera es necesaria para la inscripción de los negocios jurídicos sobre inmuebles, según las sentencias de 10 de diciembre de 1897 y 3 de agosto de 1944; que el límite de las facultades de los Partidores se presenta cuando existen cuestiones que afecten a personas o intereses ajenos (ejemplo, la sociedad conyugal), pero en el presente caso no los hay; que el legatario de cosa cierta, como titular de un derecho singular, necesita que se le haga entrega de la cosa legada, que pueda conferirla directamente el testador (sentencia de 26 de octubre de 1928) o a través de los albaceas contadores-partidores, a quienes, por su voluntad, traslada las propias facultades para la ejecución de las operaciones sucesorias; que la doctrina científica más solvente es acorde con el criterio expuesto, y que si los albaceas hubieran entregado los bienes legados a los herederos, se habría dado un inútil rodeo con escisión de las operaciones sucesorias y la posibilidad, si los herederos no entregaban los bienes, de que se suscitase una intervención judicial, prohibida expresamente por la testadora.

El Registrador informó: que el recurso interpuesto tiene por objeto determinar si el albacea contador-partidor, a quien no se le confirió ninguna facultad especial, puede por sí solo, sin la aquiescencia o consentimiento de los herederos, entregar legados de cosa inmueble determinada; que en nuestro Derecho patrio fue tradicional que si bien los albaceas podían entregar las mandas hechas en testamento, era preciso que el ejercicio y uso de tal facultad se completase con el consentimiento de los herederos, a los cuales se otorgaba exclusivamente el importantísimo derecho de negarse a la entrega total o parcial de los bienes legados, en los casos que taxativamente indicaba la Ley (Ley 1.ª, título 6, partida 6); que al publicarse la Ley Hipotecaria este principio fue proclamado en su exposición de motivos, garantizándose en el articulado el derecho del legatario a pedir anotación preventiva de su legado; que al promulgarse el Código civil se atenuaron los principios intervencionistas de los herederos, permitiéndose a los albaceas la entrega de legados metálicos y autorizando al testador para concederles de forma expresa amplias facultades para el cumplimiento de su voluntad testamentaria (art. 901); que salvo este caso de representación especial y expresa, los albaceas no pueden sobrepasar las facultades legales que les confiere el artículo 902 del Código civil, y que son, por así decirlo, los derechos y efectos anejos a dicho cargo, entre los que, desde luego, no se encuentra la entrega de legado de cosa inmueble determinada; que el artículo 902, en su párrafo segundo, es bastante expresivo al considerar, *a sensu contrario*, facultad natural y aneja al cargo de albacea la de satisfacer los legados en metálico con conocimiento y beneplácito del heredero; que el artículo 385 del Código civil confirma el criterio negativo al decir que corresponde en los casos de legado de cosa inmueble determinada «pedir su entrega y posesión al heredero y al albacea cuando éste se halle autorizado para darla»; que incluso teniendo dicha facultad, debió preceder a la entrega del legado la partición de los bienes de la herencia, pues, como decían las resoluciones de 7 y 20 de abril de 1906, se impone la necesidad de efectuar previamente la liquidación hereditaria para conocer

mediante ella si el legado puede subsistir íntegramente o si, por el contrario, procede reducirlo o incluso dejarlo sin efecto, ya que primero es pagar que heredar (resoluciones de 7 de septiembre de 1881, 3 de noviembre de 1887, 19 de mayo de 1947 y 19 de noviembre de 1952, y sentencias de 6 de noviembre de 1934, 3 de junio de 1947 y 29 de mayo de 1963); que si como albaceas los otorgantes carecen, como se ha dicho, de facultades para entregar el legado en cuestión, como contadores-partidores su capacidad es aún menor, ya que su misión se limita a contar y partir, como resulta de la regulación legal, jurisprudencia y doctrina; que parece un poco aventurada la equiparación que hace el recurrente entre las funciones y actuación del partidador en juicio voluntario de testamentaria y el contador-partidor testamentario, dado el carácter de verdadero proceso que tiene el primero con la garantía de la continua intervención de la autoridad judicial, su rigor formal, etc., en oposición a la libre actuación privativa del testamentario; que de los legatarios, como partes de dicho proceso, sólo hablan los artículos 1.055 y 1.077 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero únicamente de los de parte alícuota, lo que es lógico dada la especial naturaleza de esta institución; que, además, nunca podrá afirmarse que entre las facultades del Partidor, concretadas en el artículo 1.077 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se encuentre la de entregar legados de cosa determinada ni tampoco pueda deducirse algo distinto del artículo 1.092 de la misma Ley; que disintiendo del recurrente, entiende que los referidos partícipes e interesados no pueden ser otros que los enumerados en los artículos 1.055 y 1.065, entre los cuales no figuran más legatarios que los de parte alícuota; que está de acuerdo con el carácter representativo del cargo de albacea contador-partidor, que es, efectivamente, un mandatario del testador, pero con los límites y en los términos contenidos en el encargo de su mandante y los efectos determinados en la Ley (arts. 902 y 1.057 del Código civil); que el texto del artículo 902 del Código civil es muy claro, terminante y expresivo, y en cuanto al 1.057, ya se ha dicho anteriormente que sólo faculta para contar y partir; que estima no se está en presencia de un Comisario en el sentido que entiende el recurrente; que el concepto de Comisario tiene en nuestra legislación dos acepciones: una, la de contador-partidor, ya analizada, y otra, la de ejecutor total y pleno de un testamento con entronque histórico con los antiguos albaceas universales y fadores del testamento; que el Código civil suprimió el testamento por Comisario, conservando el testamento con Comisario, pero sin facultad de confeccionarlo, que tiene sólo las atribuciones que se deducen de los artículos 1.056 y 1.057 de dicho Cuerpo legal; que el Código civil no configura específicamente las funciones del Comisario, disponiendo el artículo 901 que tendrá las facultades que expresamente le haya concedido el testador y no sean contrarias a las leyes; que el artículo 894 establece que el albacea podrá ser universal o particular, pero igual que en el mandato, las facultades concedidas deben concretarse una por una, sin que se pueda admitir, como en el Derecho mercantil, la figura de un mandatario general, como es el factor; que discrepa del criterio del recurrente cuando alega que al no existir legitimarios no puede haber perjuicio para nadie, pues no es sólo la integridad de las legítimas la causa de invalidez de los legados, sino que existen, además, la indignidad y la incapacidad, que benefician a los herederos sean o no legitimarios; que, conforme al artículo 885, debe admitirse que la transmisión puede conferirla directamente en su testamento el causante, pero en modo alguno esta facultad puede trasladarse a un albacea contador-partidor sin habérsele otorgado especialmente; que si bien, según algún tratadista, cuando el contador-partidor designado Comisario adjudica bienes a los legatarios, esta adjudicación puede equivaler a la entrega, en el presente caso, los albaceas contadores-partidores no reúnen las circunstancias para que se les califique de Comi-

sario, ni actúan como tales ni realizan la operación propia que se les encomienda, que es la de partir el caudal hereditario, y que, finalmente, es la Comunidad hereditaria la que ostenta la titularidad del patrimonio relicto, por lo que si hubiesen sido los herederos quienes hubieran otorgado la escritura de entrega no se habría producido ninguna escisión de operaciones sucesorias, como dice el recurrente, que es ahora cuando se ha originado al haberse omitido la necesaria partición previa, y sin que la prohibición de la testadora de intervención judicial pueda amparar situaciones injustas o la lenidad o mala fe de quien por ellas pudiera beneficiarse.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

Interpuesta apelación por el Notario recurrente, la Dirección General de los Registros y del Notariado acordó confirmar el auto apelado y la nota del Registrador (1) en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—La cuestión concreta que plantea este expediente es si unos albaceas contadores-partidores, nombrados «con todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo», pueden hacer entrega de un legado consistente en bienes inmuebles determinados sin el consentimiento de los herederos y sin haber realizado operación particional alguna.

El Código civil ha dulcificado el rigor de disposiciones anteriores a su entrada en vigor, que exigían que fuese el heredero quien debiera hacer la entrega del legado o, al menos, que se obtuviera su consentimiento, y permite en el artículo 901 que puedan ser los albaceas que «se encuentren autorizados expresamente» por el testador los que realicen este acto, e incluso, aunque no se les haya conferido tal facultad podrán, con arreglo al artículo 902, cuando se trate de legados que consistan en metálico, verificarlo ellos mismos, pero siempre con el conocimiento y beneplácito del heredero.

Al no poder el legatario, según el artículo 885 del Código civil, ocupar por su propia autoridad la cosa legada, ha de pedir su entrega o posesión al heredero o albacea autorizado para darla, lo que tendrá lugar cuando el objeto sean inmuebles determinados, tal como indica el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, mediante la escritura de entrega otorgada por el legatario y por el contador-partidor o albacea facultado para ello y, en su defecto, por el heredero o herederos.

En el presente caso, los albaceas contadores-partidores, con arreglo a la cláusula undécima del testamento de la causante, no aparecen expresamente facultados para la operación realizada en la escritura discutida, pues solamente se les ha conferido las de tipo general, señaladas en el artículo 902 del Código civil, y que no se discuten, y al no haber comparecido los herederos a prestar su consentimiento, adolece dicho acto del defecto señalado en la nota de calificación.

La circunstancia de que los albaceas tengan, además, la cualidad de contadores-partidores no influye para entenderse alterada la doctrina expuesta—aparte de que en la escritura comparecen únicamente con el primer carácter—, ya que por faltar en el Código civil una regulación completa de la figura del contador-partidor, la jurisprudencia ha declarado que, en principio, le serán aplicables las mismas normas del albaceazgo, si bien teniendo en cuenta la propia función del cargo, que es la de contar y partir, e incluso para que pudieran ostentar las del artículo 1.057 del

(1) VISTOS los:

— Artículos 882, 885, 901, 902, 1.025 y 1.057 del Código civil.

— Artículo 47 de la Ley Hipotecaria.

— Artículo 83 del Reglamento Hipotecario.

— Sentencia del T. S. de 24 de marzo de 1928.

— Resoluciones de la Dirección de 3 de noviembre de 1887, 7 de abril de 1906 y 19 de mayo de 1947.

Código civil sería necesario una especificación más explícita, que en este supuesto no ha tenido lugar.

COMENTARIO.—Toda la argumentación del Notario recurrente va encaminada a conseguir diseñar una figura de albacea contador-partidor en la cual, por una suerte de efecto multiplicador, se concentren facultades superiores y más amplias de las que resultan de añadir a las mínimas legales del albacea del Código, las que son atribuidas gramaticalmente al contador-partidor (contar y partir). El intento es interesante, porque no hay duda de que el albacea del Código, al que el testador no le haya añadido otras facultades más, es una figura bastante raquítica, y tampoco hay duda de que el Comisario (contador-partidor del art. 1.057) no solamente ha quedado sin configurar en el Código, sino que ha nacido en él con la tara de la frase restrictiva que aparece en el artículo 1.057: «...la simple facultad de hacer la partición».

Por ello, el recurrente trata de conseguir una figura de ejecutor testamentario, que tendría, en orden a la total distribución del caudal, las mismas facultades que el testador que le nombró y, consiguientemente, la de conferir directamente a los legatarios los bienes determinadamente legados «sin el inútil rodeo» del tránsito de éstos por los herederos. Esta figura de ejecutor testamentario con las más amplias facultades en orden a que el total caudal vaya a su definitivo destino (acreedores, legatarios y herederos) mediante la cuenta de partición, sería el configurado por la cláusula notarial de estilo de nombramiento de albacea contador-partidor.

Lo que ocurre es que para esta configuración, especialmente cuando hemos de poner la vista en el caso concreto de las entregas de legados inmuebles, los preceptos legales a los que puede acudir, y de hecho acude, el recurrente no son totalmente decisivos. No lo es el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, y además de no serlo, el escrito de recurso no intenta extraer todas las posibilidades que en pro de su tesis ofrece la interpretación gramatical del precepto, como luego veremos. Algo más de apoyo ofrecen los artículos 1.092 y 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento, y prueba de ello es lo artificioso del rechazo de este argumento por el Registrador, cuando dice que estos artículos sólo deben referirse a los legatarios de parte alícuota y que por estarse dentro de un procedimiento judicial toda analogía es imposible. La jurisprudencia no es tampoco decisiva, especialmente la que permite inscribir las particiones efectuadas por Comisario sin expresa constancia de la aceptación de la herencia y sin intervención de los herederos, por referirse a problemas distintos; pero tampoco cabe negar que en conjunto deriva de ella una indudable tendencia a hacer del Comisario contador-partidor un cargo de amplias facultades en orden a la distribución de los bienes hereditarios sin estar sometido a trabas por los herederos (sin perjuicio de las posibles acciones de impugnación en caso de resultar vulnerados sus derechos).

El primer argumento del Registrador reside en la evolución histórica de la cuestión de entrega de legados por herederos y albaceas: Partidas, Ley Hipotecaria y Código civil. Pero aunque la argumentación sea correcta, debemos tener en cuenta que las Leyes de Partida que pueden relacionarse con el caso son más de las que se citan; que la figura del albacea cobra en el Derecho español amplitud mayor que la que las Partidas (de base romana) preveían; que la regulación de la anotación preventiva de legados en la Ley Hipotecaria, anterior al Código, se resiente toda ella de no coordinar del todo con la estructuración que éste dio a la aceptación de herencia (pura y a beneficio de inventario) y a la partición de herencia (2), y, en fin, que la posición del Código ante el problema no resulta

(2) Es frecuente, en materia de entregas de legado, traer a colación el párrafo de la Exposición de Motivos en la que se justifica la anotación del de cosa inmueble determinada, e incluso el Centro

clara, en cuanto se olvida de los albaceas universales después de admitirlos, por lo que no es fácil saber si el albacea autorizado para dar posesión al legatario (art. 885) necesita haber recibido expresamente esta autorización del testador, o puede recibirla directamente del carácter o naturaleza de su albaceazgo. Y esto es lo que pretende el recurrente al considerar que existen albaceas, como es el del caso, que llevan consigo esa facultad: el «albacea contador-partidor para todos los efectos y con todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo... para ejecutar por completo el testamento», como literalmente resulta de su cláusula 11.

Pero, como luego veremos, el argumento Aquiles del Registrador es el de que aunque llegase a admitir que el testador había configurado un cargo de albacea contador-partidor con facultades suficiente para hacer, por sí solo, adjudicaciones en pago de los legados específicos inmuebles, al no haber partición no cabían tales adjudicaciones o entregas.

El primer considerando de la resolución, aunque de mero planteamiento, al contener una descripción del tipo de nombramiento hecho por el testador (albacea contador-partidor con todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo), parecía que iba a ser el principio de una argumentación basada en esta confluencia de nombramientos para decidir si supone o no algo más que la acumulación en una misma persona de los cargos de albacea y contador-partidor. Pero no es así, porque los considerando segundo, tercero y cuarto hacen referencia a la normativa de albaceas sin ninguna observación a la laguna del Código respecto al albacea universal, y en el cuarto, junto a la afirmación exacta de que los albaceas contadores-partidores (cláusula 11) no aparecen expresamente facultados para la operación realizada, se hace la afirmación de que solamente se les ha conferido las de tipo general del artículo 902 del Código, menos exacta porque en cuanto contadores-partidores se les han conferido importantes facultades no comprendidas en dicho artículo, facultades que son precisamente las que se discuten.

Por todo ello, el considerando decisivo es el último, en el cual, en apretada síntesis, se hacen varias afirmaciones, algunas de ellas muy discutibles, al menos, tan tajante y sintéticamente hechas (3). Lo fundamental del considerando parece estar en la afirmación de que la circunstancia de que los albaceas tengan, además, la cualidad de contadores-partidores no altera la doctrina sobre las facultades de entrega de legados de aquéllos. De esta manera quedaría sentada la doctrina de que cuando se nombra albacea contador-partidor, se está nombrando un albacea particular con las facultades de los artículos 902 y 903 del Código, más la facultad expresamente conferida por el testador de contar y partir (interpretada ésta, además, en sentido restrictivo).

No obstante, creo que la verdadera *ratio decidendi* está en una frase entre guiones del quinto y último considerando, en la que se hace notar que en la escritura calificada los albaceas contadores-partidores comparecen únicamente con el primer carácter (el de albaceas). Parece aventurado defender que cinco densos considerandos se transformen en *obiter dictum* y la *ratio decidendi* aparezca condensada en una docena de palabras, pero

Directivo en alguna resolución ha alabado este párrafo. Personalmente no le encuentro tan convincente, no por partir de una supuesta tradición del heredero al legatario basada en la posesión civilísima del primero, sino por fundar la anotación en definitiva en ser justo que el legatario ya dueño tenga por lo menos derecho a "impedir que la cosa se enajene a un tercero que, por tener inscrito su derecho y ser adquirente de buena fe, puede después defenderse con éxito de la reivindicación". No lo vemos así cuando actúa el tracto sucesivo, porque el tercero no podrá inscribir, ya que tampoco podrá hacerlo el heredero en base a un testamento en el que la finca está específicamente legada.

(3) Especialmente encontramos discutibles la afirmativa de que los albaceas contadores-partidores necesitan una especificación más explícita para poder ostentar las facultades del 1.057, así como la de que para determinar facultades del contador-partidor pueda acudir a la analogía con el albaceazgo.

creo que aproximadamente esto es lo que ocurre. Si desarrollamos la idea de que los albaceas comparecían únicamente con tal carácter veremos que además de esto—que podía ser algo puramente formal y sin trascendencia—los contadores-partidores no estaban haciendo la partición. Si se pretende que los albaceas contadores-partidores tengan facultades para hacer adjudicaciones de los inmuebles específicamente legados a los legatarios, lo lógico es exigir que esta adjudicación inscribible se haga en la partición misma, porque sólo contando y partiendo, el albacea contador-partidor puede adjudicar en pago de la baja por legado. Este es el principal argumento del Registrador en su informe, aunque lo reserve para el final, y es el que verdaderamente enlaza con el principio de cautela en las entregas a legatarios, basado en el superior de que antes es pagar (a acreedores, legatarios preferentes y legitimarios) que heredar o recibir por legado.

Como ya adelantamos, el Notario recurrente no apuró la interpretación literal del artículo 83 del Reglamento Hipotecario. Cuando éste establece la norma general de la inscripción de inmuebles determinadamente legados exige, en primer término, escritura de entrega otorgada por el legatario y por el contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega. El aparecer en singular la palabra «facultado» conduce a la interpretación gramatical de que la disyuntiva está entre el contador-partidor (sin más) y el albacea facultado para hacer la entrega. Esta interpretación literal está corroborada por la de autoridad, que encontramos en los *Comentarios de LA RICA*, vocal de la comisión redactora de la reforma del Reglamento, en la que se adicionaron dos apartados a dicho artículo. Según LA RICA (4), el contador-partidor puede, como acto propio de la partición, hacer la adjudicación del legado, y el legatario aceptarla en la misma escritura o en otra, no siendo necesaria la intervención de los herederos. Si se trata de albacea es cuando es necesario que esté expresamente facultado por el testador. Lo que sí estima necesario en ambos casos es que no se haga la entrega antes de la partición, aunque no es muy preciso en el fundamento de esto, porque al referirse al albacea autorizado dice que no podrá hacerse la entrega antes de la partición habiendo *herederos forzosos* (si no media consentimiento de los herederos), porque es necesario saber antes si el legado ha de anularse o reducirse por inoficioso (resolución de 7 de abril de 1906), y al aplicar el requisito de partición previa al contador-partidor dice que éste ha de efectuar la adjudicación en el mismo acto particional si hay *herederos forzosos o acreedores*.

A ROCA SASTRE (5) tampoco le ofrece duda que el artículo 83, 2.º, del Reglamento autoriza al contador-partidor para realizar la entrega en todo caso, es decir, que no exige que se halle autorizado para la entrega como el Código y el mismo Reglamento exigen al albacea. Estima, además, la reforma reglamentaria, así entendida, indiscutiblemente práctica, especialmente a la vista de las resoluciones de 19 de mayo de 1947 y 19 de noviembre de 1952; pero creyendo que el Código civil padece con la reforma, recomienda que en los testamentos se faculte al contador-partidor para las entregas de legados. La opinión de que la reforma es poco ortodoxa, supone una modificación del Código y le hace padecer no es totalmente fundamentada por ROCA, y estimo que puede oponérsele que las facultades del Comisario contador-partidor del artículo 1.057 se encuentran sumergidas en una laguna del Código, y que el artículo 885 habla de albacea autorizado para dar la cosa legada y no de albacea expresamente autorizado para esto por el testador, por lo que acaso haya albaceas con esta autorización implícita en su propia naturaleza (¿albaceas universales?, ¿albaceas contadores-partidores?).

(4) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 82.

(5) *Derecho Hipotecario*, 1968, III, págs. 933 y ss.

Nadie como ROCA podía haber intentado una elaboración histórica de los cargos de albacea y Comisario contador-partidor apta para llenar tanto la laguna sobre albaceas universales, como la de las facultades del Comisario del artículo 1.057 y, como consecuencia, defender la *ortodoxia* de la reforma reglamentaria (6); pero ha preferido, desde el cómodo mirador de la Compilación Catalana, con su normativa de los albaceas universales (arts. 235 y siguientes) con facultades para cumplir los legados en todo caso, y de la «Cuarta Falcidia» (que elimina la mayor parte de los supuestos de pasividad de herederos por falta de interés) hacer una interpretación restrictiva de las facultades de albaceas y Comisarios, en orden a las entregas de legado, a efectos registrales, dentro del régimen común del Código. Esto, al menos, en su Derecho hipotecario.

Aunque ROCA, igual que LA RICA, encuentra la verdadera *ratio* del requisito de la entrega del legado no en la posesión civilísima del heredero, sino en la garantía contra una posible ineficacia o reducción del legado, no insiste en que el contador-partidor ha de hacer la adjudicación del legado al partir y no antes ni aparte. Incluso parece mantener opinión contraria al decir que para la inscripción del legado, en vez de escritura de partición se precisa la de entrega de la cosa legada otorgada por el contador-partidor; pero creemos que con esto quiere decir que el legatario debe comparecer para la entrega o adjudicación, y no que la escritura pueda o deba ser de simple entrega del legado sin partición simultánea o previa. Entendiendo esto así, las opiniones de ambos autores serían concordes, en cuanto a la interpretación del Reglamento, y ambas nos dejan en la duda de si el requisito de la partición previa o simultánea puede ser soslayado mediante la aseveración expresa del contador-partidor, en escritura aislada de entrega de legado, de que, a la vista del inventario (activo, pasivo, legítimas y bajas), resulta notoria la eficacia total del legado que se entrega, a pesar de no tener ultimadas las operaciones divisorias. Esto no sería, en lo sustancial, sino un aspecto más del problema de la adjudicación parcial de herencia realizada por contador-partidor.

Alargaríamos excesivamente este comentario, creemos que sin grandes resultados, trayendo a colación opiniones doctrinales sobre la entrega de legados y discusiones sobre las posibles excepciones al artículo 885 del Código civil y la aplicación extensiva o restrictiva del 1.025. Tampoco creo que sean decisivos los casuismos doctrinales y jurisprudenciales sobre facultades de albaceas (universales y particulares) y Comisarios o contadores-partidores. En cuanto a jurisprudencia, la abundante citada por recurrente, Registrador y vistos sólo es útil para marcar orientaciones y nunca decisiva por no abordar directamente el caso.

En el vistos encontramos la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1928, que el Notario recurrente cita para justificar la analogía y similitud entre los cargos de Comisario y partidor, y que, en cambio, ROCA estima como una de las que no siguen totalmente la doctrina jurisprudencial de plena equiparación de ambos cargos por reconocer un carácter destacado al de Comisario, conforme a la tendencia doctrinal que los diferencia, a base de atribuir éste más amplios y plenos poderes de ejecución testamentaria, que llegan hasta la entrega de los bienes a los herederos y legatarios. (7).

(6) Basta para percatarse de esto una ojeada a la pág. 843 de la obra y tomo antes citado.

(7) Véase ROCA SASTRE, *obra citada*, III, pág. 843 y la bibliografía que sobre esta tendencia cita. Desde luego, ni esta tendencia doctrinal ni dicha sentencia autoriza a estimar, como hace el último considerando de la Resolución, que un contador partidor para ostentar las facultades del 1.057 del Código necesite especificación más explícita. Las fórmulas notariales hablan más frecuentemente de contador partidor que de comisario. Y precisamente el problema planteado en la Resolución comentada es el de si nombrado un albacea contador partidor con amplias facultades para ejecutar por completo el testamento, se ha nombrado ese comisario con amplios y plenos poderes de ejecución testamentaria que llegan a la entrega de bienes a herederos y legatarios que la

Las resoluciones del Centro Directivo citadas en el vistos son:

La de 3 de noviembre de 1887, que forma parte de la larga lista de las que interpretan el Código en el sentido de que los artículos 882 y 885 se complementan y unidos se aplican a todos los legados, y no, como pudiera interpretarse, que el 882 se aplica al tipo de legado *per vindicationem* del Derecho romano (sometido a la fórmula *do, lego, capito*, etc.), mientras que el 885 se refiere al tipo *per damnationem* (sometido a la fórmula *heres meus damnas esto dare*).

La resolución de 7 de abril de 1906 contempla el supuesto en que el albacea está autorizado para la entrega de legados, pero existen herederos forzosos, y para tal supuesto determina que a la entrega por el albacea debe preceder la liquidación y partición general de la herencia para saber que no se perjudica la legítima, a no ser que los legitimarios concurren también a la entrega. El caso es, pues, notablemente diverso.

La de 19 de mayo de 1947, que se acerca más al supuesto que creemos fue motivo del recurso que comentamos: la inactividad y pasividad de herederos carentes de interés. El testador lega una casa a una hermana e instituye herederos en otra casa y en el remanente de bienes derechos y acciones a otra hermana y dos stirpes más de sobrinos. El Registrador denegó la escritura de aceptación de legado y adjudicación de la casa legada, otorgada solamente por la legataria, en la que se manifestaba no existir deudas y que la otra casa se había vendido por el testador. La Dirección confirma la nota, revocando el auto del Presidente, basándose en el artículo 885 del Código, en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria y en el régimen de ésta sobre anotaciones de legado, en que la institución de heredero no decae por la circunstancia de no quedar bienes, lo que tampoco puede asegurarse en el caso, y en que el supuesto es distinto al resuelto por la resolución de 30 de diciembre de 1916, en el que no había herederos por estar toda la herencia distribuida en legados.

La restante jurisprudencia que aparece citada por el recurrente y el Registrador es aún menos concluyente para el caso, y su contenido es fácilmente deducible del contexto de los pasajes en que se hacen las citas.

Especialmente conviene destacar, antes de terminar esta reseña de jurisprudencia, cómo la resolución de 12 de julio de 1974 no ha resultado muy congruente con las indicaciones contenidas en las de 19 de mayo de 1947 y 19 de noviembre de 1952, en las que se exponían los deseos y la conveniencia de arbitrar fórmulas más sencillas y procedimientos más flexibles para armonizar los derechos de legatarios y herederos. Después de reformado el Reglamento y marcada por éste una fórmula más flexible, al menos para un supuesto concreto (existencia de contador-partidor), la Dirección sigue aferrada a la interpretación del artículo 885, más estricta y rigurosa para el legatario, en los supuestos de pasividad del heredero. Y ello a pesar de existir al final del escrito de recurso (resultando tercero) la interesante alegación de que si los herederos se resisten a la entrega, se habría de recurrir a la autoridad judicial, colocándose el legatario bajo la espada de Damocles de la amenaza de la testadora de la pérdida automática del legado (cláusula 12). Tiene razón el Registrador en que la prohibición de la testadora de intervención judicial nunca podría amparar situaciones injustas o la lenidad o mala fe de los herederos, pero no hay duda de que el riesgo de la cláusula es real y, sobre todo, que esta cláusula prohibitiva de promover «cuestión alguna relacionada con la ejecución del testamento» unida a la de plazo del albaceazgo, concedido para «ejecutar por completo el testamento», modalizan necesariamente el nombramiento de albaceas contadores-partidores, de tal forma que refuerzan mucho la

referida tendencia jurisprudencial defiende y que fue base de la reforma reglamentaria que reguló las inscripciones de legado.

postura del recurrente al considerarlos implícitamente facultados para la adjudicación de legados.

Con todo lo dicho no va nada en contra de la nota ni del fallo de la Dirección, pues insistimos en que la frase entre guiones del último considerando es inatacable. Por mucho que se quieran afirmar las facultades de adjudicación de legados de los albaceas contadores-partidores, si no las tienen como albaceas universales o particulares expresamente autorizados para ello, han de tenerlas como Comisarios contadores-partidores, pero para esto habrán de comparecer como tales, y como consecuencia de haber contado y partido, lo que, al parecer, no hacían en la escritura calificada ni siquiera en la forma compendiosa a que pudieran autorizarles, en su caso, la inexistencia de deudas y de bienes, derechos o acciones del remanente no legado.

En conclusión, creo que la resolución de la Dirección no contiene una definitiva y decisiva doctrina interpretativa del artículo 83 del Reglamento, en el dudoso punto de si las palabras *facultado para ello* se refieren tanto al albacea como al contador-partidor e incluso al albacea contador-partidor con amplias facultades de ejecución testamentaria. Prueba de ello es que el considerando tercero se limita a reproducir el anfibológico texto sin plantearse esta duda, ni la de si tal facultad debe provenir necesaria y expresamente del testador o puede derivarse implícitamente de determinadas modalidades del nombramiento hecho.

La única e indudable *ratio decidendi* está en que antes de una adjudicación en pago de legado, aunque sea específico de inmueble, el albacea contador-partidor debe haber realizado las operaciones particionales imprescindibles para decidir sobre la total eficacia del legado.

T. C. G.