

El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria*

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Sevilla

RESUMEN

El escueto régimen legal sobre el contador-partidor dativo dibuja una institución algo ambigua, y la escasa jurisprudencia recaída sobre ella poco lo ha podido completar, lo que ha supuesto en los años de vigencia de la norma, un obstáculo para su utilización más frecuente. Tomando en cuenta las distintas soluciones apuntadas por la doctrina, y la referencia del régimen del contador-partidor testamentario se proponen aquí las que se estiman más coherentes, adecuadas y funcionales.

PALABRAS CLAVE

Partición. Contador-partidor testamentario. Contador-partidor dativo.

* El presente estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Sujetos e instrumentos del tráfico privado (VII): Mercado inmobiliario y crisis económica* (DER 2015-66043-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. Se ha empleado como base general el siguiente trabajo: ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. «De la colación y partición», en *Comentarios al Código Civil* (director Rodrigo Bercovitz), Tomos V y VI, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 7445-7946, que aquí ha sido convenientemente desarrollado y actualizado a la luz del planteamiento de esta investigación. A diferencia de aquella obra, en esta intentamos ahondar en las razones que han hecho difícil el asentamiento práctico de la figura, que, como tendremos ocasión de ver, radican en la falta de claridad de muchos de sus principios inspiradores. Pero es inevitable que incurramos en algunas repeticiones, necesarias, según pensamos, para dar cierta unidad a la exposición. Un resumen muy breve de los planteamientos aquí desarrollados puede verse en ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. «Artículo 1057», en *Las modificaciones al Código civil del año 2015* (director Rodrigo Bercovitz), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 991-998.

ABSTRACT

The succinct legal regime on the «contador-partidor dativo» (a kind of partitioner named by the legal clerk or notary) draws a somewhat ambiguous institution, and the scarce jurisprudence existing with regards to this figure has not been able to complete it, all of which has resulted an obstacle to its wider use in the years pursuant with the legal act that recognises the figure. Taking into account the various solutions targeted by the doctrine, and the reference to the testamentary «contador-partidor» (a kind of partitioner named by the testator) regime, the present paper proposes those solutions which are estimated more coherent, adequate and functional.

KEY WORDS

Partition. Testamentary «contador-partidor» (a kind of partitioner named by the testator). «Contador-partidor dativo» (a different kind of partitioner named by the legal clerk or notary).

SUMARIO: 1. *El contador-partidor dativo: los orígenes y el desarrollo normativo de la figura.*–2. *La inexistencia de controversia entre las partes, ¿es un presupuesto necesario para el nombramiento de contador-partidor dativo?*–3. *Requisitos objetivos para la aplicación de la norma.*–4. *La solicitud de nombramiento.*–5. *El cómputo del porcentaje de participación.*–6. *Procedimiento.*–7. *Los requisitos que deben concurrir en el contador-partidor.*–8. *El desempeño del cargo.*–9. *Las facultades del contador.*–10. *Aprobación de la partición e impugnación de la misma.*–11. *Rendición de cuentas, responsabilidad, retribución y gastos del contador-partidor.*–12. *La citación de los representantes legales de los coherederos sujetos a patria potestad, tutela o curatela.*–13. *Conclusiones. Jurisprudencia citada. Bibliografía citada.*

1. EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO: LOS ORÍGENES Y EL DESARROLLO NORMATIVO DE LA FIGURA

La herencia está integrada por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles que integraron el patrimonio del causante, y que se transmite por título universal al heredero (cfr. arts. 659-660 CC). Cuando existe una pluralidad de herederos, forman entre ellos una comunidad hereditaria que se mantiene indivisa hasta la partición, que consiste en aquellas operaciones jurídicas dirigidas a poner fin a dicha comunidad. A este respecto, el art. 1051 CC dispone que «ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia», lo cual, en último término, es decir, si no se logra hacer la partición de otro modo, comporta la posibilidad de acudir a un mecanismo judicial para realizarla; procedimiento que puede ser necesario ante la

comprobada pasividad de algún coheredero para convenirla, o para asignar esa función a un tercero arbitrador, o ante la inacción del contador-partidor. En la actualidad dicho mecanismo judicial se denomina división de la herencia, se encuentra regulado en los arts. 782 y ss. LEC, y ha venido a sustituir a los antiguos procedimientos de testamentaría y de abintestato. Ciertamente el testador puede haberse anticipado a estos posibles problemas realizando él mismo la atribución concreta de los bienes, o nombrando un contador-partidor como persona encargada de la distribución de los bienes, aunque ninguna de estas prevenciones está en condiciones de garantizar de modo absoluto que la partición quede efectivamente hecha, o que se realice por completo.

Ante este panorama, la reforma del Código civil de 1981 quiso enriquecer el elenco de mecanismos para hacer la partición¹, para lo cual introdujo en nuestro derecho sucesorio una nueva figura, el contador-partidor dativo, que debía moverse en ese conjunto de soluciones y encontrar una función propia entre ellas. La finalidad de la institución era establecer un cauce que permitiera desbloquear la partición convencional que esté obstaculizada por la oposición de algún heredero, ya que la regla es la unanimidad de los mismos (cfr. arts. 1058 y 1059 CC; y, a título de ejemplo, RDGRN 13.7.2015, TOL 5.491.844). Esta solución, que evita la partición judicial², faculta a un tercero imparcial para que realice la partición; y, de modo indirecto, sirve para forzar las posturas de los coherederos hacia el acuerdo particional³, si es que prefieren evitar que la partición sea realizada efectivamente por el tercero, dejándoles como único remedio la impugnación judicial de la misma.

A pesar de estos encomiables propósitos, la escasa claridad del régimen, que dibuja una institución algo ambigua, y que tampoco ha tenido oportunidad de interpretar y completar la poco numerosa jurisprudencia que ha recaído sobre ella⁴, ha supuesto en los años de vigencia de la norma, un obstáculo considerable para su utilización más frecuente⁵. Y es que, por una parte, la regulación especí-

¹ El modelo de inspiración más cercano se puede encontrar en la Ley 344 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

² BOLÁS ALFONSO, Juan. «La partición hecha por contador partidor: cuestiones prácticas». *Revista jurídica del notariado*, n.º 28, 1998, p. 36.

³ CARBALLO FIDALGO, Marta. en *Código civil comentado* (dir. Cañizares y otros). II. Civitas. Madrid, 2011, p. 1741; PÉREZ RAMOS, Carlos. «Renuncia, prórroga del plazo del albacea y del contador-partidor, nombramiento del contador partidor dativo y aprobación de la participación (sic) otorgada por el mismo cuando no exista confirmación expresa de todos los herederos y legatarios». en BARRIO DEL OLMO (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 678.

⁴ CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1741.

⁵ ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio. «El contador partidor dativo. Nota sobre su origen, finalidad, naturaleza, funciones y procedimiento». *Estudios de derecho de sucesiones*. «Liber amicorum» Teodora F. Torres García, Domínguez Luelmo/García Rubio (dir.). La

fica sobre el contador-partidor dativo, es muy escueta y presenta dudas de interpretación difícilmente resolubles. Por otra parte, el instituto requiere remitirse, en aspectos tan importantes como las facultades del cargo, a la figura del contador-partidor testamentario⁶, que también es una institución con escasa regulación legal y cuyo contenido depende más de lo deseable de una profusa jurisprudencia no siempre armónica. Y, finalmente, al presentar el dativo una naturaleza jurídica muy diferente a la del contador-partidor testamentario, pues en este último está presente una relación de confianza con el testador que falta en el primero⁷, no son tan claros los modos de integrar el régimen de la figura. Téngase presente, a este respecto, que el testamento no vendrá en auxilio del intérprete a la hora de delimitar las competencias o facultades del contador-partidor dativo, como, en cambio, resulta frecuente en el caso del contador-partidor nombrado por el causante. No será fácil tampoco invocar las reglas legales del apoderamiento o del mandato para integrar su régimen, porque la analogía con estas últimas instituciones no se puede fundamentar en la voluntad del causante, a diferencia de lo que sucede con el contador-partidor testamentario⁸, pero ni siquiera se la puede hacer descansar en la voluntad de los coherederos, puesto que no todos ellos consienten, y no existen indicios normativos de que las facultades del contador-partidor dependan de la voluntad que los mismos hayan expresado. Tenemos, pues, una institución construida a imagen del contador-partidor testamentario, pero que se basa en unos presupuestos o elementos esenciales muy diferentes. Lo primero permite solucionar los principales problemas de su régimen, pero lo segundo la sitúa en una indefinición bastante peligrosa cuando nos adentramos en aspectos más polémicos o difíciles del contenido jurídico de la figura. Paradigmático puede ser el problema representado por la liquidación y división simultáneas de la herencia y la sociedad de gananciales; la importancia del supuesto y las dudas que presenta, son suficientes para acreditar, con independencia del desarrollo posterior que haremos de esta materia, las dificultades que en la práctica pueden suscitarse, bastantes para hacer muy incierta la

Ley. Madrid, 2014, pp. 413 y ss.; PÉREZ RAMOS, p. 672. De modo que las esperanzas puestas en la figura, tales como la reducción de los litigios (CADARSO PALAU, Juan, «Artículo 1057», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, II, 1984, p. 1481), no se han cumplido.

⁶ CADARSO PALAU, p. 1481; PUIG FERRIOL, LUIS, «El contador-partidor dativo», *ADC*, 1988, p. 671; BOLÁS ALFONSO, p. 38.

⁷ PUIG FERRIOL, p. 672; BOLÁS ALFONSO, p. 38.

⁸ Cfr. RUBIO GARRIDO, Tomás, «De los albaceas o testamentarios», en *Comentarios al Código Civil* (director Rodrigo Bercovitz), Tomo V, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 6506 y ss. en cuanto al albaceazgo.

aplicación de este mecanismo. Aquí tenemos, pues, un primer grupo de causas que dan razón de la ambigüedad de la naturaleza de la figura del contador-partidor dativo.

La reforma del Código civil para adecuarlo a la Ley de la Jurisdicción voluntaria ha permitido el desarrollo de un expediente específico para el nombramiento de contador-partidor dativo y la consiguiente aprobación de la partición realizada por el mismo, con lo que se ha rellenado una importante laguna⁹. Dicho régimen ha sido incluido en el art. 92 LJV, en el caso de que se formalice ante el Secretario judicial (hoy denominado Letrado de la Administración de Justicia por la LOPJ), o en el art. 66 de la Ley del Notariado, en el caso del expediente tramitado ante Notario. Es curioso que, mientras que la tramitación del expediente tramitado ante el Secretario judicial recibe una regulación detallada en la LJV que «tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales» (art. 1.1 LJV); no puede decirse lo mismo con relación a la tramitación ante Notario, teóricamente regulada por la LN, pero no en la práctica, porque en esta apenas existen normas de procedimiento; ante ello hay que entender que la tramitación que debe respetar el Notario no puede diferir mucho de la prevista en la LJV, que según el art. 92.3, está regulada por «las normas comunes de esta Ley y... lo dispuesto en el Código Civil»¹⁰.

Desde el punto de vista del Derecho transitorio, no se plantean dificultades especiales: la DT primera se refiere a los expedientes en tramitación, para establecer que «Los expedientes afectados por esta Ley que se encontraran en tramitación al tiempo de su entrada en vigor se continuarán tramitando conforme a la legislación anterior»; por tanto si se hubiera solicitado a la autoridad judicial el nombramiento de contador-partidor dativo, con anterioridad a la entrada en vigor de la LJV, el procedimiento seguiría siendo el derogado.

En particular, las competencias notariales quizá puedan suponer una revitalización de esta modalidad de partición; en cambio, la preceptiva intervención de Abogado y Procurador en los expedientes tramitados ante el Secretario judicial, cuando la cuantía del haber hereditario sea superior a 6000 euros (cfr. art. 92.2 LJV), es probable que haga menos atractiva desde el punto de vista económico esta otra alternativa. La nueva regulación, sin embargo, no ha

⁹ «La gran omisión de la reforma del CC de 1981 fue la de no precisar cuál sería el instrumento procedimental»: ESCARTÍN IPIÉNS. p. 420.

¹⁰ Pese a que el art. 66.2 LN. muy parecido en su tenor literal al art. 92.3 LJV. omite la referencia que este hace a las normas de tramitación, y solamente regula la competencia territorial del Notario.

aclarado los aspectos sustantivos de esta figura que la doctrina había considerado insuficientemente desarrollados. Para resolver las dudas que se plantean resulta indispensable tener presentes los propósitos de la regulación de 1981, así como el contexto institucional de la figura del contador-partidor dativo, que no es otro que el de la partición de la herencia. No obstante, ni siquiera así podemos llegar a soluciones medianamente seguras, para lo que basta con contemplar la diversidad de pareceres en la doctrina sobre aspectos concretos de la figura. Por otra parte, la LJV no ha logrado resolver otra de las grandes ambigüedades que presenta la institución del contador-partidor dativo, a la que pasamos a referirnos a continuación.

2. LA INEXISTENCIA DE CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES, ¿ES UN PRESUPUESTO NECESARIO PARA EL NOMBRAMIENTO DE CONTADOR-PARTIDOR DATIVO?

Comenzaremos por analizar este importante asunto, que resulta de mucho interés, por cuanto resalta la línea divisoria que, en Derecho, permite acudir a la figura del contador-partidor dativo, o, por el contrario, obliga a la realización de una partición judicial. La frontera, pese a lo que sería deseable, resulta sumamente borrosa; en efecto, la delimitación entre un tipo y otro de partición debiera estar en la existencia o no de controversia entre las partes. Las normas para su correcta aplicación práctica nos las habrían de definir la interpretación conjunta de la LEC, de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial y de la propia LJV, aunque lo cierto es que esta delimitación no se realiza con la claridad deseable.

Es sabido que la reforma del año 2009 tuvo por objetivo fundamental modificar la LEC para que «los Jueces y Magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Para ello es preciso descargarles de todas aquellas tareas no vinculadas estrictamente a las funciones constitucionales que se acaban de señalar» (Preámbulo, I); en consecuencia, «salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha optado por atribuir la competencia del trámite de que se trate al Secretario judicial» (Preámbulo, III).

Estos propósitos legales se concretaron, en lo que se refiere a la división de la herencia, en el hecho de que, en materia particional,

la competencia judicial se mantuviera, en todo caso, para resolver sobre la solicitud de la práctica judicial de la misma, en los casos en que ello proceda, es decir en los supuestos en que la partición «no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por el Secretario judicial o el Notario», art. 782.1 LEC, actualmente vigente. En consecuencia, la resolución judicial sobre la procedencia de esta partición «se acordará, cuando así se hubiere pedido y resultare procedente» (art. 783. 1 LEC). Parece, pues, que el legislador de la reforma considera que la decisión sobre si se debe admitir la acción divisoria y, por ello, debe practicarse la partición, es estrictamente jurisdiccional, lo cual, a nuestro juicio, resulta acertado. En cambio, a partir de este momento procesal, los trámites procedimentales que conlleva la realización efectiva de la partición son competencia del Secretario judicial (es la novedad de la reforma de 2009), quien realiza la convocatoria de la Junta para designar contador y peritos (art. 783.2 LEC), preside dicha Junta (art. 784.1), comunica al contador-partidor el nombramiento y le requiere para que acepte (arts. 342 y 785.1 LEC), da traslado al contador y a los peritos de la documentación (art. 785.1 LEC), comunica a las partes la partición realizada (art. 787.1 LEC), y eventualmente aprueba esta última si no hay oposición por ninguno de los interesados (art. 781.2 LEC). En cambio, si existiera oposición a la partición realizada o proyectada por el contador judicial, por parte de alguno de dichos interesados, sería necesaria la intervención judicial (cfr. art. 787.3, 4 y 5 LEC) para aprobarla. También es esta última una opción normativa adecuada, a nuestro juicio. Tendríamos, pues, un claro esquema de cuáles son, para el legislador de 2009, los aspectos estrictamente jurisdiccionales de la división de herencia y cuáles no; pero la LJV no parece haber sido del todo consecuente con este diseño, como veremos.

En relación con el procedimiento de división judicial, se había discutido en la doctrina, incluso antes de la reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial que acabamos de comentar, si en la partición judicial estamos ante un procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria¹¹.

¹¹ Opina que es contencioso GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «La división de la herencia», en *El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 528 y ss., y que es contencioso aunque de carácter especial, DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, «De la división de la herencia», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Cordón y otros), Aranzadi, 2011, p. 931; en cambio GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «Aspectos procesales y civiles del proceso de división de herencia», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González), Vol. 1, Murcia, 2004, Universidad de Murcia, pp. 2002-2003, entiende que es de jurisdicción voluntaria.

A nuestro juicio la naturaleza procesal y contenciosa sigue estando confirmada por el hecho de que el procedimiento sea regulado por el Libro IV de la LEC, dedicado a los procesos especiales¹², por ello la LEC reserva al Juez ciertos trámites y decisiones, precisamente los más importantes que son aquellos en los que se produce oposición o enfrentamiento entre las partes. La terminología de la LEC, que habla de solicitud y no de demanda al referirse a la iniciativa que pone en marcha el procedimiento de división, parecería indicar que no nos encontramos ante un procedimiento contencioso, sino de jurisdicción voluntaria, pero no obstante en el procedimiento se resuelven controversias (o se pueden resolver, aunque siempre sin eficacia de cosa juzgada: art. 787.5 LEC), y en algún otro lugar la LEC sí habla de demandante¹³. A favor del carácter contencioso estaría también el hecho de que la LEC considera que los procedimientos relativos a la división de la herencia tienen carácter de procesos universales (cfr. arts. 23.2.2.º y 98 LEC de 2000), y es característica de estos procesos que ejerzan *vis atractiva* sobre los procedimientos singulares, como puedan ser las pretensiones de los acreedores de la herencia, porque es posible la acumulación de procesos singulares al proceso universal. Esta acumulación de procesos se decretará «cuando se esté siguiendo un proceso sucesorio al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción relativa a ese caudal» (cfr. art. 98.1.2.º LEC). La acumulación deberá «solicitarse ante el tribunal que conozca del juicio universal», y hacerse siempre al proceso universal; y regirán «las normas» del capítulo relativo a «la acumulación de procesos», juntamente «con las especialmente establecidas sobre procesos sucesorios» (cfr. art. 98.1 y 3 LEC)¹⁴. En nuestra opinión, pues, el procedimiento de división de herencia trataría de regular una serie de actuaciones de los órganos judiciales en el ejercicio de la función constitucional de prestar tutela a los derechos e intereses legítimos de cualquier persona (cfr. art. 24 CE), que están encaminadas a dar satisfacción a pretensiones con enfrentamiento de partes. De hecho, ya hemos visto que tras la reforma procesal para la implantación de la Oficina judicial del

¹² ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. «De la colación y partición», en *Comentarios al Código Civil* (director Rodrigo Bercovitz), Tomo VI. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 7733 y 7737.

¹³ Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, p. 530 n. 4: «los argumentos puramente semánticos suelen ser de escaso peso en nuestro ordenamiento pues frecuentemente resultan contradictoriamente tratados. Así ocurre con el artículo 52.1.4 que hace referencia al “demandante” y no al “solicitante”».

¹⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. «El artículo 1082 del Código Civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». *ADC*, 2007, pp. 461 y ss.

año 2009 se conserva todavía la actuación judicial en el inicio del procedimiento, así como en el caso de que los interesados se oponen al proyecto de partición realizada en el mismo.

Pese a lo que acabamos de decir, no se puede ocultar que, en la concepción legal, puede haber procedimientos judiciales de división que no presenten contradicción entre las partes; incluso aunque hubiera algún tipo de divergencia, una vez haya sido resuelta por el Juez, los trámites propiamente particionales están confiados en todo caso a la competencia del Secretario judicial, que por eso presentarían acusada similitud con los mecanismos de la jurisdicción voluntaria. Todo esto puede justificar las vacilaciones doctrinales acerca de la naturaleza del procedimiento a las que acabamos de hacer referencia, y quizá explica la dificultad de definir con claridad cuál es exactamente la frontera que marcaría la necesidad de acudir al Juez o, por el contrario, permite una partición realizada por un contador-partidor no testamentario. Finalmente, esta realidad también podría haber hecho posible que, en vez de las previsiones de la LJV sobre nombramiento de contador-partidor dativo y aprobación de la partición realizada por él, simplemente se hubiera previsto una alternativa notarial a la intervención del Secretario judicial dentro del procedimiento regulado por la LEC.

Por otro lado, la cuestión práctica más delicada que esta discusión presenta con relación al tema que ahora nos ocupa es la siguiente. Sabemos que para poder decidir sobre la solicitud de una partición judicial se encuentra la necesidad de apreciar si, de acuerdo con los datos conocidos y aportados por las partes, procede o no realizar la misma; para ello la LEC ha considerado necesaria la intervención judicial, suponemos que por entender que pueden introducirse por los interesados fundadas discrepancias sobre ese particular, que no resultaría lógico ignorar para tener que resolverlas una vez iniciada o realizada la partición (con los gastos que ello habrá originado). En cambio, el mecanismo de la jurisdicción voluntaria mediante el cual se solicita el nombramiento de contador-partidor dativo, no parece conocer un filtro judicial similar, pese a que no sea precisa la unanimidad entre los partícipes para iniciar el mecanismo particional. En este sentido, se ha producido un cambio notable desde el principio instaurado por el art. 1817 LEC 1881 según el cual: «Si a la solicitud promovida se hiciera oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se

sujeterá a los trámites establecidos por el juicio que corresponda, según la cuantía»¹⁵.

En efecto, en la actualidad, una vez solicitado el inicio del expediente por parte de las personas legitimadas, el Secretario judicial deberá apreciar de oficio su propia competencia objetiva (art. 16.1 LJV), y después citar a los interesados para su comparecencia, y si «alguno de los interesados fuera a formular oposición, (...) no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea» (art. 17.3 LJV). Por su parte el art. 18.2 LJV, que regula la comparecencia de los interesados, estima posible que en la misma se «plantearan cuestiones procesales, incluidas las relativas a la competencia, que puedan impedir la válida prosecución del expediente», que deberán ser resueltas por el Secretario judicial, una vez oídos los comparecientes, «oralmente en el propio acto». Es obvio que todos estos criterios legales, serían también referibles al caso en que la tramitación se realice ante Notario.

No se debe perder de vista que las razones de la oposición pueden ser puramente procesales o de fondo¹⁶, y que al excluir la ley que dichas causas de oposición deban ser decididas en un procedimiento contencioso, estaríamos ante un criterio que permite dejar abierta una incertidumbre importante que puede afectar incluso a la propia validez del nombramiento de contador-partidor dativo, y también a la estabilidad de la partición que posteriormente realice; este criterio, opuesto al previsto en la LEC 1881, y también a la regulación vigente en materia de partición judicial, que prefiere avanzar más lentamente pero sin dejar interrogantes abiertos es llamativo, y parece que abriría dos posibles interpretaciones del sistema de la LJV.

Primera, la más cercana a la letra de la Ley, y que ha sido aceptada por algunos autores: la existencia de oposición o la alegación de cuestiones procesales efectivamente no impide que se siga adelante con el expediente de nombramiento de contador-partidor¹⁷.

¹⁵ No obstante, para algunos autores en ese régimen no cabía oposición de los discrepantes en el caso de nombramiento del contador-partidor dativo, cfr. nota 18.

¹⁶ BANACLOCHE PALAO, Julio, *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*, La Ley, Madrid, 2015, p. 86.

¹⁷ Ciertamente, en general, se ha sostenido que «aunque desde un punto de vista teórico consideramos que la regulación de la oposición previsto en el art. 17.3 LJV no encaja bien con la concepción legal prevista en el art. 1.2 LJV, sin embargo, entendemos que se haya impuesto el pragmatismo para dotar a la jurisdicción voluntaria de un régimen jurídico que la configuren como un instrumento jurídico sencillo, efectivo y adecuado a la realidad social y económica del siglo XXI y que facilite la obtención de determinados efectos jurídicos de forma rápida y con respeto de todos los derechos e intereses implicados»: LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón/PÉREZ ÉSCALONA, Susana, *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 135; y sin que se presenten particularidades en el caso del contador-partidor dativo,

Naturalmente esta es una conclusión cuya legalidad no se puede negar; pero el inconveniente principal de esta solución es que si se la entiende en el sentido de que la existencia de oposición no puede paralizar la prosecución del expediente, estaríamos propiciando que dicho expediente cuente con poco fundamento jurídico (pues en realidad existe controversia entre las partes y ello consta al órgano que conoce del mismo), lo que puede tener graves consecuencias para los intereses de los implicados, pues comporta un coste, y en realidad no está en condiciones de evitar la inestabilidad de la partición realizada. El único dato diferencial, desde el punto de vista sustantivo, que podrían presentar los mecanismos de la partición por contador-partidor y el de la partición judicial, y que permitirían justificar esta divergente regulación, sería que, en la primera, para iniciar el procedimiento, se requiere la solicitud por la mayoría de los partícipes, mientras que en la segunda basta la iniciativa de cualquiera de ellos; pero esta diferencia no parecería ser suficiente para una diversidad de régimen tan importante. Si se piensa que puede existir contienda entre los coherederos sobre los elementos determinantes de la aplicación de la norma del art. 1057.2 CC –como serían la existencia o no de contador-partidor, la subsistencia o no de las facultades del contador-partidor testamentario, la procedencia de realizar la partición (porque ya ha sido realizada, existe un pacto de indivisión, o la impide la voluntad del testador), la exacta cuantificación de los intereses de los solicitantes, etc.,– se hace difícil de entender que todo ello no deba resolverse previamente por el Juez antes de poder pasar a practicar la partición¹⁸, y que el Secretario judicial o el Notario tengan que ignorar la existencia de esos problemas.

pp. 350-351. También BANACLOCHE, pp. 87-88 habla de que la nueva Ley rompe el dogma de que solamente hay jurisdicción voluntaria cuando no hay contienda.

¹⁸ Antes de la reforma BOLÁS ALFONSO, p. 40 y GONZÁLEZ ACEBES, Begoña, *El contador-partidor dativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 161 sostenían que los no solicitantes no tienen la facultad de oponerse al nombramiento de contador-partidor dativo. El primero subrayaba que eso es lo que hace viable que el mecanismo tenga eficacia, ya que caso contrario sería necesario convertir el trámite en contencioso; la segunda autora lo argumentaba a la vista del silencio del Código, y a la finalidad de agilizar y favorecer la partición si se encuentra la mayoría precisa para ello. Para el AAP Valencia 16.1.2003 (JUR 2003\102014): «De aceptarse que la oposición del interesado puede paralizar el trámite y hacerlo contencioso, desnaturalizaría la propia finalidad del precepto, como señala la doctrina, cual es paliar el severo criterio del Código Civil cuando en sus artículos 1058 y 1059 exige la unanimidad de los herederos para la práctica de la partición, por lo que es sumamente fácil en la práctica provocar un pleito de testamentaría por uno de los herederos en perjuicio de gastos y molestias para el resto, evitando en lo posible el juicio de testamentaria, actualmente denominado de división judicial de la herencia, en los casos en los que los herederos no llegan a un acuerdo en la forma de efectuar por sí mismos la partición cuando no existe contador partidor designado por el testador, por unos trámites que tienen una diferencia fundamental con los de la división judicial de la herencia, cual es que el contador partidor es nombrado por el Juez y no por la Junta, así como en orden a la aprobación judicial de la partición que no será necesaria en el caso del trámite del artículo 1057

Segunda, partiría de considerar que, a tenor de la propia Ley, solamente se pueden considerar expedientes de jurisdicción voluntaria aquellos en los que no «exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso» (art. 1.2 LJV). Por tanto, si se alegan razones que impiden practicar la partición, es bastante congruente entender que el Secretario judicial, o el Notario en su caso, decidieran no apreciar de oficio su propia competencia y la procedencia del nombramiento de contador-partidor o, en su caso, no aprobar la partición realizada por este, sino que se remitieran a la decisión del Juez. Esta postura resultaría bastante similar a la regulación de la partición judicial en la LEC, norma a la que, por otro lado, se remite el art. 8 LJV como norma supletoria; y también es muy coherente, aunque su aplicación directa no procede, con el hecho de que la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que «puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos» (art. 2.3.2 LJV) corresponde al Juez. También es adecuada desde el punto de vista del art. 6.2 LJV: «No se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional. Una vez acreditada la presentación de la correspondiente demanda, se procederá al archivo del expediente, remitiéndose las actuaciones realizadas al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional para que lo incorpore a los autos»; así como con la posibilidad de suspender el expediente prevista en el art. 6.3 LJV, a tenor del cual: «Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Finalmente, es una solución que resulta más respetuosa con los intereses en juego: si dice el art. 1068 CC que «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados», parece

del Código Civil, cuando todos los herederos se muestran conformes con la misma. Y sin perjuicio de la posibilidad de impugnar en el oportuno declarativo la partición que se apruebe. Y así, el propio artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 permite la solicitud de división judicial de la herencia a cualquier coheredero o legatario de parte alícuota reclamar la división judicial de la herencia, siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador partidor designado por el testador, por acuerdo entre los herederos "... o por resolución judicial". Lo que se entiende una clara referencia al supuesto del artículo 1057-2.º del Código Civil, por lo demás incompatibles ambas vías promovidas simultáneamente». Lo acepta hoy PÉREZ RAMOS, p. 738. Pero la oposición sin duda es actualmente posible, ya que la falta de los presupuestos legales para practicar la partición debe poder ser discutido antes de realizarla y la LJV se refiere expresamente a la oposición. Lo único que sucede es que la oposición no hace contencioso el expediente sino que, o prosigue como tal, o concluye.

imprudente, en supuestos en que existe una controversia que introduce dudas sobre la legalidad de la práctica de la partición, tener que seguir adelante con la misma, propiciando situaciones equívocas acerca de la titularidad de los bienes hereditarios. No obstante, esta interpretación es mucho menos conciliable con los arts. 16, 17 y 18 LJV, que parece que resuelven «de forma clara y rotunda», en sentido diverso¹⁹.

Claro está que, en la práctica ambas posturas tenderán a converger: en nuestra opinión el sistema se terminará decantando hacia una solución prudente que permita ponderar las circunstancias del caso por parte del Secretario judicial o el Notario. Será normal, como resultado del ejercicio de responsabilidad que estos realizarán, comportarse con cautela y evitar así el descrédito que el mecanismo, y ellos mismos, podrían alcanzar. El sistema, en nuestra opinión, terminaría por funcionar así: legalmente se ha abandonado la idea de que la aparición de discrepancias impide proseguir el procedimiento; pero, ante la aparición de estas, el responsable del expediente no lo va a continuar siempre, sino que eso lo valorará en función de las circunstancias, y de la consistencia que tenga la oposición. En cuanto a la competencia notarial, por ejemplo, ya se ha dicho que un paso previo a la redacción de la escritura de nombramiento de contador-partidor dativo será comprobar si hay obstáculos para dicho nombramiento, como es lógico²⁰. En efecto, parece difícil negar que, cuando las discrepancias que aparezcan entre las partes puedan ser de una entidad tal que comprometan la validez del expediente, el responsable del mismo puede resolver en la comparecencia de las partes, oralmente, la no prosecución del mismo (cfr. art. 18.2 LJV). Lo cual parece razonable en los casos en que las diferencias entre las partes presenten cierta dificultad para ser apreciadas en sede de jurisdicción voluntaria porque requieran los instrumentos y las armas propias de los procedimientos contenciosos; en esa situación estarán aquellas que afecten a la existencia o no de nombramiento de contador-partidor testamentario, la subsistencia o no de las facultades del mismo, la procedencia de realizar la partición (porque ya se haya realizado, porque exista un pacto de indivisión entre los coherederos, o la contraria voluntad del testador), o la exacta cuantificación de los intereses de los solicitantes. Ante situaciones de este tipo y antes de que se resuelvan judicialmente, el único sentido que podría tener el nombramiento de un contador-partidor sería forzar a quien se oponga al mismo a que formule el correspondiente procedimiento judicial contra ello; con

¹⁹ BANACLOCHE, p. 88.

²⁰ PÉREZ RAMOS, p. 696.

lo que poco se avanzará en la práctica de la partición hasta que se dictara una resolución judicial firme. Lo mismo se podría decir si lo que está en trámite es la aprobación de la partición. Pero, quizá, la consecución de ese objetivo no sea proporcionada a los costes que ello podría suponer.

Tendríamos, pues, un sistema que aparentemente ha modificado la solución de la LEC 1881 según la cual la oposición de alguno de los interesados necesariamente hacía contencioso el expediente. Hoy no sería así, pero como el nombramiento de contador-partidor es solamente un primer trámite, que luego prosigue con la práctica de la partición, y la aprobación final de la misma, si existiera discrepancia sobre la procedencia del nombramiento ya realizado, quedaría expedita la vía judicial para que el discrepante lo hiciera valer; lo que causará el archivo o suspensión del expediente. Y, naturalmente lo mismo puede suceder si la discrepancia se plantea en la fase de aprobación de la partición. En muchos casos, ante la perspectiva de un procedimiento judicial, el órgano competente para conocer del referido expediente de nombramiento de contador-partidor, o de aprobación de la partición, debería evitar proseguirlo para así impedir la dilación y los gastos que causaría perseverar en un camino que puede no llevar a ninguna parte, o que termine produciendo una partición que carece de los requisitos mínimos para ser aprobada por los órganos competentes, o que, incluso aprobada, luego es impugnada judicialmente. Ahora bien, no se puede desdeñar que se realice el nombramiento, o se practique la aprobación de la partición, precisamente para forzar que las diferencias entre las partes se resuelvan definitivamente mediante el planteamiento del correspondiente procedimiento contencioso.

Por tanto, solamente la evolución práctica permitirá afirmar si, realmente, el cambio normativo supone que un mayor número de casos se solucionará definitivamente mediante la partición realizada por el contador-partidor dativo²¹. Vemos en la LJV buenas intenciones pero quizá poco realistas: cuando se hayan planteado controversias entre los interesados en el curso del expediente, por más que el legislador no lo desee, nos veremos abocados después a un procedimiento contencioso, pese a que la partición incluso haya sido aprobada. El propósito de simplificar las cosas, en realidad las habrá complicado y encarecido. Sería recomendable, pues, que el rigor

²¹ Si se había podido afirmar que el contador-partidor dativo no ha desarrollado hasta ahora «su potencialidad en el ámbito de la Jurisdicción Voluntaria, y que por el contrario, ingresó en el ámbito de la jurisdicción contenciosa»: ESCARTÍN IPIÉNS, pp. 420-412; cabe hoy pensar que, en lo sucesivo, muchas controversias sucesorias se van resolver provisionalmente en la jurisdicción voluntaria, quedando luego esas particiones sujetas a su impugnación en el procedimiento contencioso.

por parte del Secretario judicial y el Notario fuera máximo tanto a la hora de iniciar un procedimiento cuando se planteen causas de oposición entre los interesados que requieran ser resueltas judicialmente, como si se suscitan en el momento de aprobar la partición. La LJV sitúa a Secretarios judiciales y Notarios ante una tesitura difícil, por cuanto les encomienda valorar cuestiones que solamente se debieran afrontar en sede jurisdiccional, y les compromete a decidir poniendo en juego su propia responsabilidad profesional.

Probablemente, desde el punto de vista de política jurídica, lo recomendable hubiera sido, más que la introducción de este expediente específico, que la LJV hubiera previsto una modificación de la LEC en la que, como alternativa a la tramitación de la partición ante el Secretario judicial, que ya existe en la LEC desde 2009, se previera la posibilidad de hacerlo ante Notario; en el bien entendido de que una y otra partición requieren previamente que se resolvieran por el Juez las controversias que hubieran sido planteadas por las partes sobre la procedencia o no de que se practique. Como procedería, además, que, ante la oposición expresa de algunos de los coherederos al proyecto de partición preparado por el contador-partidor, fuera también necesaria la aprobación judicial de la misma. En definitiva, ello supondría haber reconocido que las diferencias manifestadas en cuanto a la procedencia, primero, y a la práctica de la partición, después, tienen, o pueden tener, relevancia litigiosa, y deben ser resueltas por el Juez, que es quien en realidad está llamado a dilucidarlas según nuestro sistema constitucional, y no a través de mecanismos de jurisdicción voluntaria que no están pensados para ello, que a lo sumo solamente logran una solución provisional y que involucran indebidamente la responsabilidad profesional de órganos que no cuentan ni con la competencia constitucional ni con los instrumentos procesales para tomar este tipo de decisiones.

Por otra parte, queda en lo sucesivo a la prudente apreciación de los órganos competentes, que las cosas sigan funcionando así en la práctica, aunque se alejen de los «buenos deseos» del legislador de la LJV. Bastará que, pese a todo, denieguen el inicio del expediente, lo que sin duda harán, al menos en los supuestos en que las discrepancias conocidas aparenten tener cierto fundamento, de manera que los interesados tengan que acudir al procedimiento contencioso. Así las cosas, probablemente el expediente de jurisdicción voluntaria del que estamos hablando solamente facilitará la partición en aquellos casos en los que efectivamente no se plantea controversia, o en aquellos en los que el órgano competente aprecia que la misma es clara y evidentemente infundada. Es cierto que, en caso de here-

deros que obstaculicen la partición, la amenaza de la prosecución del expediente es siempre un elemento que juega a favor de su práctica; y, en último término de la resolución definitiva del conflicto, aunque sea judicialmente, eliminando la pasividad de las partes. Pero que eso se haga a costa de cargar la responsabilidad de la decisión provisional acerca del fondo conflictual sobre el Secretario judicial o el Notario no terminamos de entenderlo bien, cuando la alternativa de realizar la partición judicialmente no plantea similares problemas, permite resolver las controversias, y, por otra parte, se ha simplificado mucho en su tramitación desde la sustitución del procedimiento de testamentaría por el actualmente vigente.

3. REQUISITOS OBJETIVOS PARA LA APLICACIÓN DE LA NORMA

Según la norma del art. 1057.2 CC, los únicos requisitos objetivos para el nombramiento del contador-partidor dativo son los siguientes: inexistencia de testamento, es decir, que la herencia se defiera abintestato (o, más bien, que en ese caso el causante tampoco haya nombrado contador-partidor por acto *inter vivos*²²); y, para los casos de sucesión testamentaria, la falta de nombramiento de contador-partidor en el testamento (o por acto *inter vivos*), o la vacancia del cargo por falta de aceptación o por cualquier otra razón. Los supuestos expresamente mencionados por la norma a veces pueden presentar en la práctica dificultades para su apreciación, pero existen otros muchos casos que hacen imposible la realización de la partición, y que también pueden ser complicados de apreciar sin abrir un cauce para el enjuiciamiento de la contradicción existente entre las partes; pasamos a referirnos a ellos.

En primer lugar, puede que se haya realizado legalmente una partición, con anterioridad a la solicitud de nombramiento de contador-partidor dativo. El problema tendría cierta dificultad práctica desde el punto de vista probatorio porque la partición no requiere ninguna forma especial (así STS 10.4.1931, RJ 1930-1931/2008), de modo que pudiera argumentarse, por ejemplo, la existencia de la misma a partir de un estado de hecho posesorio establemente mantenido con aquiescencia de los interesados. En nuestra opinión, aunque no se haya llegado a culminar la partición, tampoco sería posible la solicitud de nombramiento de contador-partidor dativo en el supuesto en que antes se haya promovido por algún coherede-

²² Así GONZÁLEZ ACEBES, p. 112.

ro o legatario de cuota la división judicial de la herencia, porque en el art. 789 LEC se dice que este procedimiento solamente puede sobreseerse en el caso de acuerdo unánime de los coherederos²³.

En segundo lugar, tampoco podrá solicitarse la división de la herencia si debe excluirse o retardarse su práctica, bien sea por disposición del testador o por acuerdo entre los coherederos²⁴. En efecto, debemos tener presente que el art. 1051 CC admite que el testador prohíba expresamente la división de herencia, si bien en estos casos la partición puede tener lugar cuando concurren alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad civil (cfr. arts. 1700 y ss. CC)²⁵. Una voluntad más específica puede darse cuando el testador haya prohibido expresamente el nombramiento de contador-partidor dativo²⁶, o lo haya hecho tácitamente; se ha dicho que este sería el caso de haber hecho la partición de sus bienes conforme al art. 1056 CC, o el de haber conferido al cónyuge supérstite las facultades del art. 831 CC²⁷. Quizá ambas hipótesis no sean por completo idénticas y se deba distinguir: si se hace uso de este último precepto, parece clara la voluntad del causante de conferir al cónyuge viudo las facultades partitivas; pero en la partición por el testador, pese a la distribución de los bienes por este, puede ser conveniente la existencia de contador-partidor a causa de las divergencias existentes entre los coherederos.

A veces se dice que la «partición por el testador» excluye la posibilidad de recurrir al procedimiento judicial de división de la herencia²⁸, y si esto se admite, la misma afirmación debería ser extensible a la solicitud de nombramiento de contador-partidor dativo. Pero se debería ponderar lo siguiente: el heredero debe tener algún mecanismo para comprobar que las disposiciones del causante suponen, en efecto, una partición completa. Para averi-

²³ Así CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1742.

²⁴ BOLÁS ALFONSO, p. 37.

²⁵ Para el desarrollo de esta materia: ESPEJO, pp. 7599 y ss. No nos referimos ahora al problema específico que esta cláusula presenta en cuanto a las legítimas.

²⁶ PÉREZ RAMOS, p. 697.

²⁷ Para todo lo anterior. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan. *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2.º, Edersa, Madrid, 1989, p. 311. Lo sigue GONZÁLEZ ÁCEBES, p. 47.

²⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1993, p. 2471, y BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, *La partición judicial*, Comares, Granada, 2007, p. 18. El primer autor cita en ese sentido las SSTS 8.5.1926 (JC T. 171 n.º 20) y 28.6.1961 (RJ 1961/2748). No obstante la primera de ellas se refería más bien a la partición encomendada a contador-partidor, y en realidad no se opone a esa legitimación, ya que se afirma que «aunque pueda parecer contradictorio el derecho que tienen los hijos a promover el juicio voluntario de testamentaría, con el derecho y consiguiente deber que asiste a los contadores para realizar las operaciones divisorias que les encomendó el testador, no puede en realidad decirse que substancialmente pugnen ambos derechos, ya que dentro del propio juicio universal los contadores conservan los poderes y encargo que le fueron conferidos por el causante».

guar con certeza si la partición es completa o no, debería ser posible utilizar los mecanismos de intervención del patrimonio, inventario, avalúo y liquidación propios del procedimiento de división de la herencia, o, como alternativa de similar justificación, solicitar el nombramiento de contador-partidor dativo²⁹; además nada perjudicaría la existencia de estas facultades, ya que, en cualquier caso el que realice la partición deberá respetar las disposiciones particionales del testador.

La existencia de un albacea no tiene porqué impedir la solicitud de nombramiento de un contador-partidor dativo, ya que ambos cargos son compatibles entre sí; y sus competencias no tienen porqué chocar. Se debe tener presente que: «el cometido del albacea al que expresamente no se le han conferido otras facultades es extraño al de contador partidor y, a mayor abundamiento, el albacea testamentario que aquí se examina en ningún caso podría llevar a cabo las labores propias de contador partidor por la expresa prohibición contenida en el primer párrafo del citado art. 1057 del CC que, en plena coherencia en los más elementales principios del derecho, impide al testador encomendar por acto “*inter vivos* o *mortis causa*” la simple facultad de hacer la partición a uno de los coherederos»: así la SAP Cantabria 5.4.2002 (JUR 2002\164029); en el mismo sentido RDGRN 16.10.2015 (TOL 5.542.561): «los artículos 901 y 902 del Código Civil, determinan de forma clara cuáles son las facultades de los albaceas, sin que en las mismas se encuentren las de contar y partir, a menos que el testador las hubiese designado especialmente entre sus funciones, añadidas a las normales del albacea». De nuevo, pues, podemos estar ante la dificultad de apreciar si procede o no el nombramiento, lo que solamente puede resolverse con la interpretación del testamento.

Cabe plantearse si la prohibición por el testador de intervención judicial en la partición lleva consigo que los coherederos no puedan promover el nombramiento de contador-partidor dativo. Con anterioridad a la reforma del Código del año 2015 la cuestión podía ser discutible, pero la respuesta hoy debe ser negativa, una vez que el legislador ha optado por desjudicializar los expedientes³⁰.

Los coherederos, en uso de su autonomía de la voluntad, pueden convenir permanecer en la indivisión de la misma; como demuestra que el art. 400 CC, aplicable por analogía, prevea este pacto en la comunidad de bienes (STS 15.4.2008, TOL 1.371.330). No obstante

²⁹ Vid. PÉREZ RAMOS, pp. 700 y ss. No llega a hacer la afirmación del texto, pero de su exposición claramente se deduce la práctica imposibilidad de cerrar el paso al nombramiento de un contador-partidor dativo, ante la dificultad de comprobar si la partición es o no completa.

³⁰ PÉREZ RAMOS, pp. 698-699.

la eficacia del pacto solamente puede abarcar un plazo de diez años, que resulta renovable mediante una nueva convención³¹. Por su lado, el art. 4.3 LMEA se refiere a un pacto de indivisión sobre las explotaciones agrarias, que se extiende a un período mínimo de seis años, a efectos de permitir que la explotación se considere como explotación prioritaria, siempre que la explotación, y al menos uno de los partícipes, cumpla los requisitos legales para ser calificada como tal³².

En tercer lugar, existen supuestos en los que se impone la suspensión de la partición, hasta que se resuelva una situación de incertidumbre. Así el caso del art. 966 CC, que se refiere al embarazo de la viuda³³; el ejercicio de alguna acción de filiación, y la institución en el testamento de una fundación todavía no constituida, entre otros³⁴. En esas situaciones hay que atender a la administración de la herencia de acuerdo con las reglas legales o con lo dispuesto por el testador. Cabe plantearse entonces si cabe que nombrar contador-partidor dativo, e incluso que este prepare la partición sin ejecutarla ni llevarla a efecto hasta que se resuelva la situación de pendencia. Entendemos que no es fácil poner obstáculos a ello, pues si llega a ser cierta la presencia de un nuevo heredero, tendrá que aprobar o rechazar la partición proyectada que, al no haberse podido ejecutar, ningún perjuicio le puede suponer³⁵. Naturalmente, es admisible pensar, además, que si la presencia del nuevo heredero, hace que se alteren las reglas de la mayoría necesaria para instar el nombramiento, de forma que los apoyos a la solicitud caigan por debajo del cincuenta por ciento, tampoco sería posible la aprobación de la partición por el Secretario judicial o el Notario.

Se debe tener en cuenta, finalmente, que, si fallece una persona que se encuentra en concurso de acreedores, el art. 182.3 LC indica que «la herencia se mantendrá indivisa» y deben continuar los trámites propios del concurso. La finalidad del precepto es la misma que la que se manifiesta en los arts. 1082 CC y 782.4, 788.3 y 796.3 LEC: proteger a los acreedores de la herencia conservando la

³¹ SCAEVOLA. *Código civil*, XVIII, Madrid, 1901, p. 235; MANRESA, José María. *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, Reus, Madrid, 1987 (7.ª edición revisada por Francisco Bonet Ramón), pp. 689-690; LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de sucesiones*, I. Librería Bosch, Barcelona, 1971, p. 211; DE LA CÁMARA, p. 2470; LETE ACHIRICA, Javier. en *Tratado de derecho de sucesiones* (dir. GETE-ALONSO), II, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 2556-2557; González Acebes, pp. 104 y ss.

³² DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. en *Comentarios al Código Civil* (director, Andrés Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1145.

³³ Quizá extensible la norma a cualquier caso en que el *nasciturus* resulte llamado a la sucesión: así LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 7.ª edición, 2011, p. 394 y Díez Soto, Carlos Manuel, en *Código civil comentado* (dir. Cañizares y otros), II, Civitas, Madrid, 2011, p. 1707.

³⁴ LACRUZ, 1971, pp. 211-212.

³⁵ Así, Díez Soto, p. 1707. En cambio, LASARTE, p. 395 opina que la partición no se puede comenzar hasta el nacimiento, en el caso del art. 966 CC.

unidad del patrimonio hereditario: *vid.* STS 28.01.2011 (TOL 2.034.418). Si bien en la hipótesis de un concurso no es necesaria una petición expresa de los acreedores de que la partición no se haga efectiva en tanto no se les pague, porque la administración del caudal impuesta por las normas del concurso supone precisamente este efecto por ministerio legal.

4. LA SOLICITUD DE NOMBRAMIENTO

El Secretario judicial o el Notario solamente pueden proceder al nombramiento «a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario». Se viene diciendo que «la petición de nombramiento habrá de aportar una prueba *prima facie* de que los solicitantes componen una proporción de interés superior a la mitad del valor del caudal relicto, aun cuando acaso basten también cuotas que sumen más de la mitad de las participaciones abstractas en el caudal remanente una vez detraídas la atribuciones de cosa cierta, es decir, en el caudal realmente divisible y que da lugar a la controversia»³⁶. Al respecto pensamos lo siguiente: en ningún caso es necesario superar el cincuenta por ciento: la norma dice «al menos» y a eso hay que atenerse. En segundo lugar: no creemos que la solicitud pueda depender de la realización de valoraciones de bienes ni de deudas, aunque dichas valoraciones fueran simplemente preliminares; por tanto, a nuestro juicio, no hay que deducir las atribuciones singulares, ni se precisa computar el valor de ningún elemento patrimonial de la herencia, ni es necesario tener en cuenta las deudas de la misma: basta acreditar que los solicitantes tienen las cuotas que sumen al menos la mitad de las participaciones abstractas en la herencia. Nos mueve a pensar así, la necesidad de hacer fácil y operativa la aplicación de la norma, que no puede depender de la previa realización de unas operaciones que ya tienen carácter particional, que se presentan en la práctica corriente como muy controvertidas, y que, por definición (repetimos: ¡son operaciones particionales!), serían las que el contador-partidor está llamado a realizar.

Por otra parte no se establece en la norma ninguna limitación a la promoción del nombramiento por un único interesado que alcance la proporción indicada, de modo que debería admitirse³⁷.

³⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil*. V. Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 155.

³⁷ ABELLA RUBIO, José María. «Partición hecha por el testador», en O'CALLAGHAN (coord.), *La partición de la herencia*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 209; CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1742.

Según algunos, la capacidad para formular esta petición será la capacidad general procesal, que el art. 323.2 CC reconoce al menor emancipado sin intervención de ninguna otra persona. En cuanto al tutor, se ha dicho que, como precisa autorización judicial para entablar demanda en representación del pupilo (art. 272.6 CC), parece que no la necesitaría para esta solicitud pues no se trata de una demanda, ni de dar inicio a un procedimiento contencioso³⁸. Nos parece preferible la tesis de exigir siempre la capacidad necesaria para realizar la partición³⁹, ya que no estamos ante un mecanismo propiamente jurisdiccional que requiera capacidad procesal⁴⁰. Esta postura, tras la reforma del art. 1057.3 CC, puede tener todavía mayor justificación normativa si, como parece, ha entendido el legislador que el menor emancipado no puede hacer por sí la partición⁴¹. Debe tenerse presente, por otra parte, que en el expediente intervendrá el Ministerio Fiscal cuando esté comprometido el interés de un menor o una persona con la capacidad modificada judicialmente (así, art. 4 LJV).

Se ha cuestionado a qué legatarios se refiere el precepto, pues una autorizada opinión considera posible la interpretación literal: «parece que a la petición de nombramiento de contador-partidor dativo pueden concurrir (no, tomar la iniciativa de ella), incluso quienes no tienen interés en la división, por ser herederos o legatarios de cosa cierta o por no participar en cuota del caudal, lo cual sólo podría justificarse por el interés de éstos en tener un administrador de la herencia sin necesidad de incoar los procedimientos de testamentaría o abintestato»⁴². En nuestra opinión las cosas no deberían entenderse así: habrá que excluir que puedan iniciar el expediente los legatarios que no lo sean de parte alícuota, y los herederos en cosa cierta⁴³. La razón nos parece clara: el interés de estas personas en la partición es simplemente indirecto, pues no necesitan dividir ningún bien, y resulta inusitado que por la iniciativa de los mismos se imponga la partición y sus gastos a quienes son sus únicos interesados⁴⁴; aparte de que incluirlos complicaría

³⁸ En este sentido se pronuncia ÁLVAREZ-SALA, p. 314.

³⁹ *Vid.* las diferentes opiniones en GONZÁLEZ ACEBES, pp. 165 y ss. y la suya, acerca de la necesidad de capacidad para pedir la partición, y no solamente la procesal.

⁴⁰ Lo cual resulta hoy evidente: PÉREZ RAMOS, p. 740.

⁴¹ Cfr. *infra* apartado 12.

⁴² LACRUZ, 1988, p. 155. En el mismo sentido literal DOMÍNGUEZ LUELMO, p. 1154; PÉREZ RAMOS, pp. 724 y ss.

⁴³ ÁLVAREZ-SALA, p. 314; DE LA CÁMARA, pp. 2492-2493; PUIG FERRIOL, pp. 681-682; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, «Partición hereditaria: conceptos generales, operaciones particionales y tipos de partición», en PÉREZ ÁLVAREZ (Coord.), *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de sucesiones*, Colex, Madrid, 2013, p. 462.

⁴⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, p. 1154 justifica su postura así «no se trata de legitimar a éstos para solicitar la partición, sino de tomar la iniciativa para que se nombre un contador-partidor». ¿Qué se quiere decir con ello? ¿no podrá realizarse la partición cuando esta iniciativa parta de algún legatario?

enormemente que se pudiera apreciar que la petición de nombramiento está realizada por el cincuenta por ciento de los partícipes, cosa que sin haberse hecho el inventario resulta imposible⁴⁵. Recientemente se ha argumentado en contra de nuestra opinión que el problema que se presenta al legatario al que no se le entrega su legado es similar al de los partícipes que ven obstaculizada su pretensión de división, lo cual requiere una respuesta similar del ordenamiento⁴⁶.

Es un argumento que inicialmente parece convencer: no se puede olvidar que el retraso en las entregas de los legados puede obedecer, en ocasiones, a la existencia de acreedores y legitimarios; es decir, a problemas específicamente particionales. Así las cosas, pudiera pensarse que es necesario que el legatario tenga algún arma para acelerar la partición. Pero ponderando el asunto con más calma tampoco nos resulta concluyente este argumento a favor de la preconizada legitimación de los legatarios: la facultad particional de cada coheredero concurre con similares facultades del resto, por lo que es conceptualmente correcto confiar la partición a un mecanismo de jurisdicción voluntaria, como el representado por el contador-partidor dativo, ya que es posible que no existan controversias entre los coherederos, sino una lícita, pero poco deseable, pasividad de alguno. En cambio, la relación entre legatario y heredero no se presenta en este mismo plano de igualdad de

⁴⁵ El planteamiento de la cuestión, con el desarrollo detallado de las diferentes posturas doctrinales y de sus argumentos, puede verse en GONZÁLEZ ACEBES, pp. 144 y ss. Más recientemente PÉREZ RAMOS, pp. 724 y ss. argumenta en contra de la tesis que exponemos en el texto con razones que no nos resultan convincentes. No vemos que se pueda negar el interés meramente indirecto que tiene un legatario de cosa cierta en la partición, cuando queda claro en la ley que ni debe consentirla (art. 1058 CC), ni puede solicitarla judicialmente (art. 782 LEC), ni la misma afecta a la adquisición de la propiedad (art. 882 CC), ni de la posesión (art. 885 CC). Y, por otra parte, el principal efecto de la partición es el de atribuir la propiedad de las cosas adjudicadas a cada coheredero o legatario de cuota (art. 1068 CC). Un asunto es que pudiera resultar conveniente al legatario que exista contador-partidor dativo para facilitar la entrega de su legado, cosa que no negamos, y otra que ese interés sea directo, y comporte legitimación para pedir su nombramiento. También nos reafirmamos en que si se reconociera esa legitimación ello haría imposible el cálculo del porcentaje al que la norma se refiere, que presupone un inventario y valoración de los bienes. A ello opone PÉREZ RAMOS que ese cálculo lo deberían hacer los solicitantes. Por nuestra parte pensamos que a este argumento se puede responder que el legatario no está en condiciones jurídicas de hacer ese cálculo, a diferencia de los herederos: ¿tiene, acaso, el legatario la posesión de los bienes de la herencia? ¿Podrá solicitar legítimamente los saldos de cuentas corrientes y productos de crédito de la misma? ¿Podrá dirigirse al Registro de la Propiedad para indagar la situación de inmuebles no específicamente legados a él? Nos parece evidente que no.

⁴⁶ PÉREZ RAMOS, p. 729: «el fundamento y la utilidad de la figura del comisario dativo existe tanto en el caso del heredero como del legatario, sea éste de parte alcuota como de cosa determinada, porque todos ellos pueden injustamente verse perjudicados por la actitud obstaculizadora de uno de los herederos, y a todos ellos la figura del comisario dativo puede ser de gran ayuda; y si idéntico es el problema, razonable es que también sea idéntica la solución».

posición jurídica: no debemos olvidar, en primer lugar, que el legatario carece en general de la facultad de instar la partición; por otra parte, el legatario tiene otros mecanismos ante la falta de entrega posesoria; este problema reviste perfiles claramente contenciosos, e incluso, antijurídicos: el legatario es el propietario de la cosa legada (art. 882 CC), al que los herederos o el albacea deben entregar su posesión (art. 885 CC); si esa entrega no se produce, ello manifiesta por parte de estos últimos no una lícita pasividad, sino una conducta aparentemente contraria a la norma, que debe resolverse como la controversia jurídica que en realidad es. No vemos nada claro que la solución de un problema así pueda alcanzarse en la jurisdicción voluntaria. Y, además, admitiendo la legitimación del legatario se abre un abismo poco justificado entre las respectivas posiciones jurídicas de los legatarios que logren la mayoría suficiente para instar el nombramiento de contador-partidor dativo, y los que no la logran. Unos consiguen poner en marcha la partición; otros, únicamente pueden reclamar la entrega del legado.

Frente a ello, sería indudable que vale el argumento de que a los legatarios de cosa cierta les podría beneficiar el nombramiento de un contador-partidor dativo, pero también lo es que, interpretando el art. 1057.2 CC en su contexto, que es la partición, no tiene sentido otorgarles en este caso una legitimación de la que carecen en cualquier otro tipo de partición⁴⁷; tampoco los antecedentes ni la finalidad de la norma lo apoyarían, pues siempre se ha entendido que el problema que se quería combatir era el representado por la unanimidad de la partición. Quedaría, pues, el literal como único apoyo de la legitimación del legatario, argumento que, además, permite ser fácilmente corregido si la referencia legal se circunscribe a los legatarios de parte alícuota.

La inclusión de estos últimos sí parece necesaria y acertada, aparte de que su asimilación a los herederos se deduce desde antiguo de la constante jurisprudencia que se apoya en la indudable analogía que presentan su posición jurídica y la del heredero⁴⁸; STS 11.1.1950 (RJ 1950/21); RDGRN 4.11.1935 (RJ 1935/2056); esta última, por ejemplo, consideró que si bien «en el marco de

⁴⁷ Así BOLÁS ALFONSO, p. 42. Piensa PÉREZ RAMOS, p. 725 que la falta de legitimación del legatario en la partición judicial es en la actualidad un argumento superado a causa de que el nombramiento de contador-partidor dativo ya no lo realice el Juez. No nos lo parece así: el argumento no superable sería que en ninguno de los tipos de partición ni el legatario puede tomar la iniciativa, ni debe consentir: permitirlo aquí sería una anomalía sistemática que debería contar con más argumentos que el literal.

⁴⁸ Y doctrina: SCAEVOIA, *Código civil*, XVIII, p. 245; MANRESA, pp. 704-705; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «La comunidad hereditaria y la partición: sus especies», en O'CALLAGHAN (COORD.), *La partición de la herencia*, Madrid, 2006, p. 9.

nuestro Derecho positivo podría parecer aventurado establecer una absoluta identidad entre heredero y legatario de parte alícuota, no lo es en cambio estimar que, dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado, la ausencia de su reglamentación en el Código civil y la facultad que de un lado se otorga y de otro se niega a este legatario por los artículos 1038 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 42, núm. 7.º, de la Ley Hipotecaria, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el reconocimiento por el sucesor del patrimonio en que ha de participar, en cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada»⁴⁹. Más recientemente la RDGRN 22.3.2007 (TOL 1.042.295) consideró que el legatario de parte alícuota debía intervenir en la partición⁵⁰, por lo que cabe suponer que también la puede instar; y la STS 14.7.2008 (TOL 1.347.117) indicó que dicho «legatario forma parte de la comunidad hereditaria, estando legitimado para instar su división judicial (art. 782.1 LEC)». En el mismo sentido STS 12.6.2006 (TOL 961.863)⁵¹. Por todo ello nos parece necesario asegurarle también legitimación para promover el nombramiento de contador-partidor dativo, y que acierta la norma al preverlo.

Pueden suscitarse dudas en determinados casos que tratamos a continuación.

En primer lugar, cuando existe un heredero único resulta obvio pensar que no es necesario hacer la partición de herencia, ya que no existe una comunidad divisible: así lo afirmaron las SSTS 29.12.1988 (TOL 1.733.537)⁵², 9.5.1997 (TOL 216.592)⁵³

⁴⁹ Hoy, evidentemente, el fundamento procesal de la tesis de la Resolución debería fundarse en el art. 782.1 LEC: cfr. RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones, común y foral*, III, Dykinson, Madrid, 2009, p. 2548.

⁵⁰ «Dada la condición del legatario de parte alícuota como miembro de la comunidad hereditaria y copropietario de los bienes de la herencia, parece lógica la necesidad de exigir la intervención del mismo, no sólo para realizar actos de disposición sobre los bienes comunes, sino también para proceder a la extinción de dicha comunidad mediante la partición».

⁵¹ Y, en la doctrina, DE LA CÁMARA, pp. 2475-2476.

⁵² No es «en este supuesto de heredero único, necesaria partición alguna, como acertadamente también han entendido las contestes sentencias de la instancia, carece de todo sentido jurídico la invocación por algún acreedor de la herencia del art. 1082 del Código Civil para oponerse a una partición que no ha de practicarse, como tampoco pueden los acreedores, por el mero hecho de serlo, oponerse a que se inscriban en el Registro de la Propiedad los bienes hereditarios a nombre de ese heredero único, utilizando como título para tal inscripción el testamento de la causante (art. 14 de la Ley Hipotecaria y 79 de su Reglamento), todo ello sin perjuicio de que los referidos acreedores puedan hacer uso de las demás medidas cautelares que les ofrece el ordenamiento jurídico para el aseguramiento y efectividad de sus créditos».

⁵³ «Es reiterada la doctrina jurisprudencial que mantiene que el simple título de heredero no es suficiente para ejercitar la acción reivindicatoria o la declarativa de dominio, como alega el recurrente en casación en el motivo tercero. Pero ello no se aplica en términos absolutos: así, la sentencia de 16 de febrero de 1987 dice: en la hipótesis de here-

y 26.2.2004 (TOL 352.236). En esta situación parecería innecesaria la figura del contador-partidor dativo. No obstante, aunque exista un único heredero, la existencia de otros interesados, como puede ser el cónyuge viudo por su cuota usufructuaria, los legitimarios que sean simplemente legatarios de cuota (a veces, simplemente, de su legítima) y los propios legatarios de cuota, puede hacer necesaria la práctica de la partición, en la que intervengan estos otros sujetos en defensa de su derecho. Así se deduce, en cuanto a la partición en general, no específicamente en cuanto a la iniciativa para pedir el nombramiento de un contador-partidor dativo, de la RDGRN 12.6.1930 (JC T 195 n.º 32), para el caso del cónyuge viudo que era usufructuario; de la STS 18.6.1959 (RJ 1959/2507), para el supuesto de heredero único que concurre con legitimarios y de la STS 22.2.1997 (TOL 215.715), para el supuesto del legatario de cuota. Por tanto debe ser posible, en estos casos, solicitar el nombramiento de contador-partidor dativo.

En segundo lugar, puede ser dudosa la cuestión de la legitimación en los casos en que haya existido cesión de una cuota de herencia. Se ha dicho que el cedente conserva su condición de heredero que sería personal o personalísima y por tanto es él únicamente quien puede ejercer los derechos inherentes a tal condición⁵⁴. Esta tesis nos parece que no puede sostenerse porque el derecho de los coherederos sobre el caudal relicto es patrimonial, y no existen razones para considerarlo personalísimo, una vez que el ordenamiento permite su transmisión a terceros. Así lo han reconocido algunos autores⁵⁵, y diversos pronunciamientos: las SSTS 24.2.1909 (JC T 113 n.º 104) y 27.11.1961 (RJ 1961\4125), según las cuales la teoría de que el cesionario del derecho hereditario no puede solicitar la partición es desestimable y no puede ser aceptada; y la RDGRN 29.12.1930 (RJ 1930\1845)⁵⁶. El hecho de que no

dero único huelga la partición hereditaria en cuanto el testamento es, por sí solo, título traslativo del dominio de los bienes relictos al confundirse en tal supuesto el derecho abstracto sobre el conjunto patrimonial con el derecho concreto sobre cada uno de los bienes».

⁵⁴ Cfr. la crítica de esta tesis en VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2.º. Edersa, Madrid, 1989, pp. 111 y ss.

⁵⁵ SCAEVOLA, pp. 246 y 250; y lo extiende al cesionario de un legatario de parte alícuota: MANRESA, pp. 705-706.

⁵⁶ «La cesión de cuota hereditaria realizada por medio de escritura pública sin llegar a transmitir la cualidad de heredero con las características personales y familiares del caso, faculta al cesionario para ejercitar las acciones y derechos que la ley confiere al cedente en orden a la custodia, aprovechamiento, distribución y adjudicación de los bienes hereditarios. (...) de los artículos 1000, 1067 y 1464 del Código Civil se desprende con toda evidencia que dicho acto jurídico no engendra meras relaciones obligatorias, sino que transfiere el derecho a la cuota correspondiente desde el patrimonio del coheredero al del adquirente, y no sólo coloca a este último en el puesto del cedente, de suerte que pueda pedir por su propia autoridad la partición hereditaria, sino que lo pone en relación dominical directa con los elementos de la masa relicta».

se contemple en la norma a los cesionarios del derecho hereditario, lejos de implicar que están privados de este derecho, significa simplemente que la mención resultaría innecesaria, puesto que ya están incluidos en la denominación de herederos. Los cesionarios se han subrogado en la totalidad de derechos y acciones del cedente, incluido el derecho de solicitar la partición⁵⁷. La legitimación del cesionario comporta que el cedente de la cuota no debe intervenir en la partición: así SSTs 1.6.1955 (RJ 1955/2378) y 20.2.2002 (RJ 2002\2893)⁵⁸. En conformidad con ello, entendemos que es el cesionario quien puede pedir el nombramiento de contador-partidor dativo⁵⁹.

En tercer lugar, cabe plantearse la situación de los herederos fiduciarios (y análogamente los instituidos bajo condición resolutoria) y los fideicomisarios. Los fiduciarios, en su condición de herederos, parece claro que deben estar facultados junto con los demás coherederos. Ciertamente podría argüirse en contra que carecen del poder de disposición, y el art. 1052 CC les haría imposible instar la división; pero pensamos que el argumento se debe rechazar por chocar con el criterio legal de facilitar la división, y priva al fiduciario de la posibilidad de gozar de la posición jurídica a la que ha sido llamado⁶⁰. En realidad la partición no supone un acto dispositivo, sino determinativo. A favor del criterio aquí adoptado se mostró la RDGRN 10.6.1916 (JC T. 137 n.º 18), que declaró inscribible la partición con el argumento de que ésta se limitaba «a disolver la comunidad formada por los interesados y a practicar la división de bienes consiguiente, y no puede asegurarse que infrinja la prohibición de vender, tanto porque las personas a quienes se adjudican aquéllos son aquellas comprendidas en la mencionada cláusula de institución de herederos, como porque según reiterada jurisprudencia de esta Dirección, la adjudicación de los bienes inmuebles, en los actos particionales, se rige por reglas especiales y no por las establecidas en general para la enajenación de bienes».

⁵⁷ En contra, la STS 1.7.1915 (JC T. 133 n.º 138), MIQUEL GONZÁLEZ, José María, *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, V. 2.º, Edersa, Madrid, 1985, p. 503 a favor de la posibilidad de que pida la partición. En contra, DE LA CÁMARA, p. 2476, pero sobre la base de una interpretación de este último precepto que no atiende a los claros antecedentes que alega Miquel.

⁵⁸ «Si bien doña Avelina y don José P. G. son hijos y sucesores de don José María P. M. pero transmitieron los derechos hereditarios que pudieran corresponderles en dicha herencia a los demandados, don Celso P. G. y doña María Flora B. M., no puede sostenerse la exigencia de su presencia en el proceso porque en sus derechos han sido sustituidos por los adquirentes, como así ha acaecido».

⁵⁹ En este sentido, ÁLVAREZ-SALA, p. 315 y GONZÁLEZ ACEBES, pp. 143-144.

⁶⁰ En este sentido DE LA CÁMARA, p. 2475.

Se pudiera pensar que los fideicomisarios también están interesados en la partición, y por tanto pueden promover el nombramiento de contador-partidor dativo⁶¹, porque posteriormente esa división les afectará personalmente. Por eso se ha defendido doctrinalmente que podrían pedir la partición si el fiduciario no lo hace, salvo que el fideicomiso sea condicional, en cuyo caso habrá que aplicarles el art. 1054 CC que impide al heredero pedir la partición: así STS 22.1.1969 (RJ 1969\199)⁶². Y, siguiendo en esa línea, tampoco podría desdeñarse la posibilidad de que intervinieran en todo caso. A nuestro juicio, habría que repensar mejor esta solución propuesta por la doctrina: si bien los fideicomisarios tienen interés en los bienes hereditarios, no parece que puedan imponer la división de los mismos, porque es una cuestión que no les afecta de modo directo e inmediato. El sentido de la sustitución fideicomisaria es crear herederos sucesivos, y aunque esto limita las facultades de disposición del primer llamado, coartarle la facultad de partir parece excesivo, y contrario a la naturaleza de la institución. A los fideicomisarios les basta poder recibir la herencia en el momento establecido por el testador: hasta entonces deben respetar lo hecho por el fiduciario. Si entonces se ha producido ya la partición, harán suyos los bienes adjudicados al fiduciario; si, en cambio, la partición todavía no se hubiere verificado, pero sí se ha realizado el nombramiento de contador-partidor, podrán aprobar la partición que presente o no hacerlo; si ni siquiera ha existido la solicitud de nombramiento de contador-partidor, podrán ellos realizarla. Ahora bien, la presencia de estos llamamientos sucesivos, requiere un adecuado control de que la partición sea efectivamente tal: so capa de partición no podrán encubrirse actos dispositivos que terminen perjudicando al fideicomisario, vaciando de bienes el patrimonio transmitido. ¿Pero apoyaría este argumento que se pueda interpretar que su falta de consentimiento obliga a la aprobación de la partición, realizada por el contador-partidor dativo, por el Secretario judicial o el Notario? No pensamos que ello pueda ser así, simplemente deberá existir por parte de los responsables del expediente una verificación causal de la partición presentada a aprobación por el contador-partidor.

A nuestro juicio la situación del coheredero que soporta un usufructo de cuota es algo diferente. Es obvio que para promover el nombramiento deberán estar legitimados los herederos que reciban los bienes en nuda propiedad: RDGRN 8.2.1957 (RJ 1957/543), pero cabe pensar que también el usufructuario de cuota, porque la

⁶¹ Así GONZÁLEZ ACEBES, p. 143.

⁶² DE LA CÁMARA, p. 2475.

partición afecta al objeto sobre el que va a recaer su derecho actual. Abordaremos esta materia, en particular, al examinar la posición jurídica del cónyuge viudo.

En cuarto lugar, encontramos dificultades en la posición de los legitimarios del causante. Los legitimarios pueden haber recibido su legítima mediante un legado de cosa cierta, de género o de cantidad, o mediante donaciones (cfr. art. 815 CC), en cuyo caso no tienen un interés directo en la división, aunque sí en el inventario y avalúo de los bienes. Por tanto, los legitimarios podrán participar o no en el nombramiento de contador-partidor dativo en función de si se lo permite su título sucesorio que derive del testamento o de la ley supletoria, pero son interesados en todo caso a los efectos de la necesaria notificación de la solicitud hecha por los coherederos. Por otra parte no debe olvidarse, que el cálculo y los eventuales complementos deberán recibirse de los demás llamados a la herencia, lo cual implica que la sucesión se ha hecho litigiosa, ya que hay que reducir alguna atribución del causante. Por eso, debido al interés de los legitimarios en la correcta realización de las operaciones de valoración, computación e imputación, y, en su caso, en la reducción de donaciones, legados y mejoras, que son típicamente particionales, es necesario reconocerles la facultad de aprobar la partición resultante. Sin ella, será necesario que la apruebe el Secretario judicial o el Notario.

Particularmente problemática puede ser la posición del cónyuge viudo que sea usufructuario. De entrada, no tenemos hoy una norma clara que le atribuya la facultad de división de la herencia. En general, el art. 490 CC que se refiere al usufructuario de una parte de la cosa poseída en común, no atribuye al mismo la facultad de división: el usufructuario únicamente administra y percibe los frutos correspondientes a la participación en la cosa del nudo propietario; por tanto será este último quien puede solicitar la división⁶³. Podría parecer, en coherencia con esta solución, que el cónyuge viudo usufructuario únicamente usufructúa la comunidad hereditaria, sin que pueda solicitar la partición; pero no era esa la solución pacíficamente admitida hasta hace unos años: el art. 1038.2 LEC 1881 sí le otorgaba legitimación para instar la división de la comunidad hereditaria⁶⁴. El actual art. 782.1 LEC, en cambio, quizá corroboraría la falta de legitimación, ya que no se

⁶³ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *El usufructo*, Civitas, Navarra, 2010, pp. 512 y ss.; pp. 990 y ss.

⁶⁴ Lo cual es compatible con el hecho de que carezca de legitimación para instar la división de las cosas en que se haya adjudicado su usufructo: STS 9.2.1970 (ROJ: STS 520/1970 – ECLI: ES: TS:1970:520); y que tampoco debe ser demandado: SSTS 20.4.1988 (TOL 1.734.837) y 2.4.2008 (TOL 1.354.572).

refiere al cónyuge viudo como sujeto legitimado para solicitar la división judicial, a diferencia de lo que establecía la LEC derogada, lo que ha llevado efectivamente a algunos autores a interpretar que no tiene legitimación⁶⁵. La modificación normativa ha sido juzgada negativamente, pues introduce dudas en un problema antes perfectamente resuelto⁶⁶; no obstante, contra la falta de legitimación estaría el argumento siguiente: el criterio del art. 490 CC es mucho más operativo en el caso de usufructo de una cosa, ya que en el usufructo de la cuota de herencia el procedimiento divisorio o la partición son indispensables para el cálculo exacto tanto de la porción usufructuaria del cónyuge como de los bienes concretos sobre los que va a recaer este derecho. En consecuencia, es bastante frecuente pensar que la legitimación debe existir⁶⁷. Quizá apoyaría esta tesis el hecho de que la vigente redacción de la ley procesal no mencione como legitimados a los «herederos testamentarios», como decía la ley anterior, sino a «cualquier heredero» (y el cónyuge es considerado «heredero forzoso» por el art. 807 CC); así como que el cónyuge viudo deba ser citado a la junta de los interesados directamente en la división⁶⁸.

Admitido que el cónyuge viudo esté legitimado, quedarían por analizar algunas otras cuestiones: por ejemplo, ¿cómo se realiza el cómputo necesario para la solicitud? Se ha propuesto que sean de aplicación los criterios fiscales de valoración del usufructo y de la nuda propiedad⁶⁹, pero no creemos que el art. 1057 CC deba interpretarse en el sentido de que lo determinante sea el cálculo exacto del valor de las atribuciones a cada sucesor: basta con la participación mayoritaria en la herencia, en este sentido tanto vale el usufructo como la nuda propiedad. Es decir, si el usufructo fuera de la mitad de la herencia, eso bastaría para instar el nombramiento,

⁶⁵ NAVARRO CASTRO, Miguel, *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Madrid, 2009, p. 39; GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia, *La partición judicial: problemas. Viabilidad y legitimación. Posición de los acreedores. Preferencias de cobro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 145 y ss.; CARBALLO FIDALGO, p. 1748. Para estas últimas autoras la legitimación del cónyuge sólo procederá cuando haya sido llamado como heredero o legatario de cuota, pero para la primera el derecho legal de usufructo, coloca al cónyuge en una posición jurídica similar a la del legatario de cuota, lo que le debería legitimar para instar el procedimiento.

⁶⁶ COLINA GAREA, Rafael, «La legitimación para promover la división judicial de la herencia. Problemas sustantivos y procesales», *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol* (coord. por Juan Manuel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llari), Vol. 1, Valencia 2006. Tirant lo Blanch, pp. 950 y ss.

⁶⁷ Expresamente en este sentido, GUILARTE GUTIÉRREZ, pp. 533-534; PEÑA, «El artículo 1082 del Código Civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», p. 511; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, p. 39; O'CALLAGHAN, pp. 10-11.

⁶⁸ Así el art. 783 LEC. En el sentido de que este precepto corrobora la legitimación del cónyuge para instar el procedimiento de división: GUILARTE GUTIÉRREZ, p. 549; y, específicamente el de contador-partidor dativo, GONZÁLEZ ACEBES, pp. 160-161.

⁶⁹ GONZÁLEZ ACEBES, p. 165; RIVAS MARTÍNEZ, III, p. 2648.

como, también, la solicitud del nudo propietario de la mitad de herencia.

En cuanto al consentimiento del cónyuge viudo en la partición realizada por el contador-partidor dativo habría que decir lo siguiente: no será necesario si se tratara de un usufructo universal, ya que no le afectará la partición; pero, si el usufructo fuese de cuota de herencia, la partición le afecta y es necesario su consentimiento. Así la RDGRN 12.6.1930 (RJ 1930-31/1835) consideró «que, por grande que sea la tolerancia con que se proceda corrientemente en esta materia, no puede autorizarse como práctica correcta el que no sólo deje de declararse el derecho de la viuda a la cuota usufructuaria legal, sino que se realice la partición en que ella aparece interesada sin su concurso ni representación»⁷⁰.

En quinto lugar, nos encontramos con los acreedores del causante y de los herederos. Ni unos ni otros cuentan con legitimación para promover el nombramiento, ya que esa posibilidad resultaría excesiva para hacer efectivos sus derechos⁷¹. Les basta la posibilidad a los primeros, de poder pedir la intervención y administración de la herencia (art. 792 LEC), así como oponerse a que la partición realizada se lleve a efecto (art. 1082 CC)⁷²; y a los segundos, la posibilidad de intervenir en la partición para evitar que se haga en fraude de sus derechos, como le reconocen los arts. 1083 CC y 782.5 LEC. No obstante, los acreedores de un heredero no aceptante, que utilicen la vía del art. 1001 CC parece que se sitúan en la misma posición jurídica que el heredero, y, por tanto, pueden pedir la partición⁷³; por tanto también están legitimados para promover el nombramiento de contador-partidor dativo⁷⁴.

5. EL CÓMPUTO DEL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN

Se ha dicho que el porcentaje del cincuenta por ciento al que se refiere la norma, debería aplicarse sobre el activo hereditario líquido, una vez deducidas las deudas y las atribuciones singulares⁷⁵.

⁷⁰ VALLET, pp. 354 y ss.

⁷¹ Incluso bajo la vigencia de la LEC 1881, en la que los acreedores se encontraban legitimados para promover el juicio de testamentaria, se decía, con toda la razón, que no están legitimados para pedir la partición de la herencia: así PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *La herencia y las deudas del causante*, Comares, Granada 2009, p. 172 (§162).

⁷² Así PÉREZ RAMOS, pp. 737-738.

⁷³ MANRESA, p. 706; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones. Parte general*. Librería Bosch, Barcelona, 1961, p. 472; RIVAS MARTÍNEZ, III, p. 2547; DE LA CÁMARA, p. 2476.

⁷⁴ Así GONZÁLEZ ACEBES, p. 152. Duda PÉREZ RAMOS, pp. 736-737.

⁷⁵ ÁLVAREZ-SALA, p. 315; PUIG FERRIOL, p. 682.

No nos parece que pueda admitirse así⁷⁶ porque, tratándose de una herencia mínimamente compleja, este cálculo inicial puede resultar de muy dudosa viabilidad, y el Secretario judicial o el Notario quedarían en una situación complicada a la hora de valorar si se ha realizado regularmente la solicitud, o si, por el contrario, debieran rechazarla porque no se ha superado el cincuenta por ciento de la participación requerida. Por ejemplo, se puede pensar en supuestos en que procedan suplementos de legítima, haya herederos forzosos preteridos, etc. Pero, incluso en otros supuestos menos complejos no será fácil poder realizar *a priori* un inventario y una valoración detallados que son precisamente operaciones particionales que, por hipótesis, no están hechas y que suelen suscitar problemas entre los coherederos. De manera que, en nuestra opinión, deberá ser la participación teórica a tenor del título sucesorio la que decida el porcentaje exigible.

No obstante, si se mantuviera la tesis que no compartimos, sería necesario entender que un problema de mal cálculo del porcentaje no podría implicar la ineficacia de la partición eventualmente lograda por esta vía⁷⁷. La razón parece evidente: la partición a la que se llegue requerirá consentimiento unánime de los interesados o la aprobación por el Secretario judicial o el Notario, y cualquiera de esos actos permitirá superar cualquier defecto de legitimación que se haya producido en la solicitud, mientras que los problemas de fondo deberían resolverse en un procedimiento contencioso.

En la práctica será muy importante el supuesto de herencias en las que previamente a la partición haya que liquidar la sociedad conyugal. Se debe entender, entonces, que los cálculos del porcentaje necesario para la solicitud de nombramiento del contador-partidor se realizan de modo independiente para la sociedad de gananciales y para la herencia, puesto que se trata de dos comunidades diferentes. Para algún autor esto significa que, para liquidar los gananciales, basta con la solicitud del cónyuge para imponer un contador-partidor dativo, y que, por el contrario, nunca resulta posible imponérselo a él, ya que además de su parte en gananciales tendrá la condición de legitimario, lo cual disminuye por debajo del cincuenta por ciento la participación hereditaria de los demás⁷⁸. Estamos de acuerdo con lo primero, pero no con lo segundo. La condición de usufructuario sobre una porción de los gananciales que se transmiten por herencia, no creemos que deba computar-

⁷⁶ Tampoco a GONZÁLEZ ACEBES, p. 165.

⁷⁷ RIVAS MARTÍNEZ, III, p. 2647.

⁷⁸ PÉREZ RAMOS, pp. 693-694.

se⁷⁹; dicho de otra manera, la participación en usufructo del cónyuge no debería impedir el nombramiento de contador-partidor dativo para la liquidación de la sociedad de gananciales, pues ello significaría tanto como dejar a la voluntad del cónyuge la posibilidad de bloquear el nombramiento e imponer la división judicial, contra los evidentes propósitos del legislador. Si bien esta solución no evita que, para imponer al cónyuge el nombramiento de contador-partidor dativo, sea necesaria la unanimidad de todos los coherederos que suman el cincuenta por ciento de los derechos en la sociedad de gananciales, lo cual será improbable que se logre en los supuestos para los que está pensada la figura del contador-partidor dativo (en los que suele producirse la pasividad de alguno de los coherederos).

Ahora bien, como las mayorías necesarias se deben computar con independencia para cada una de las masas patrimoniales que se pretenden dividir; la pasividad particional no puede afectar a la vez a un coheredero y al cónyuge, pues, si se da esa doble inercia, no podría liquidarse la comunidad ganancial mediante el contador-partidor dativo nombrado para la partición de la herencia. Esto se podría haber evitado con un régimen legal diferente acerca de las mayorías necesarias en cada caso, o habiendo precisado que el contador-partidor dativo sucesorio tiene facultades para liquidar por sí mismo la sociedad de gananciales, pero faltando dicho régimen, tenemos un resultado bastante confuso en el que la figura resulta muy poco operativa en esta importante situación. Otra cosa será que el contador-partidor dativo de la herencia tenga facultades para dividir, junto con el viudo, la sociedad de gananciales, lo cual además de ser también problemático, aunque lo analizaremos luego, no terminaría de resolver los problemas que genera la renuncia del cónyuge supérstite a practicar la partición.

6. PROCEDIMIENTO

Formulada la solicitud, la designación del contador-partidor dativo la debe resolver el Secretario judicial o el Notario «con citación de los demás interesados, si su domicilio fuera conocido». Entre estos interesados estarán los herederos y legatarios de parte alícuota que no pidieron el nombramiento del contador-partidor dativo, los legatarios (en este caso también los de cosa cierta, pues interés naturalmente tienen, aunque no sea directo), los legitima-

⁷⁹ Posibilidad que el propio PÉREZ RAMOS, pp. 762-763 desarrolla más adelante, si bien no se decanta claramente por ella.

rios, cuya legítima hubiera sido satisfecha mediante donación o legado, pues la imputación y colación de donaciones son operaciones particionales en las que tienen un interés directo⁸⁰. Se discute si la citación y audiencia debe hacerse también a los acreedores de la herencia y a los particulares del heredero, lo cual parece dudoso en ambos casos⁸¹, si bien puede ser prudente citarlos para evitar problemas. En realidad interesados se deben considerar exclusivamente a los cotitulares del activo, que son los que constan como tales en el título sucesorio, o bien tienen carácter de legitimarios; otros posibles interesados intervendrían exclusivamente si se personaran en el procedimiento. Entendemos perfectamente aplicable por analogía a esta cuestión el art. 783.5 LEC.

En cuanto a la competencia territorial hay que tener presente: a) en lo que se refiere al Secretario, que lo será el del «Juzgado de Primera Instancia del último domicilio o residencia habitual del causante, o de donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o el del lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. En defecto de todos ellos, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio del solicitante» (art. 92.3 LJV); b) y en lo que se refiere al Notario, que tendrá competencia el «que tenga su residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente» (art. 66.2 LN).

Naturalmente la tramitación que se realiza ante el Secretario judicial se debe ajustar a las normas comunes de la Ley (art. 1 a 22 LJV); como ya hemos dicho no se ha regulado nada en cuanto al Notario, pero es obvio que los criterios aplicables no pueden ser muy diferentes. Con anterioridad a la reforma el AAP Madrid 1.6.2002 (TOL 221.512), había afirmado que el procedimiento de

⁸⁰ ÁLVAREZ-SALA, p. 315; PUIG FERRIOL, p. 683; GONZÁLEZ ACEBES, p. 183; en contra de la citación a los legitimarios, PÉREZ RAMOS, pp. 740-741.

⁸¹ No deben ser citados según ÁLVAREZ-SALA, pp. 316-317 y PÉREZ RAMOS, p. 741-742. En sentido afirmativo: PUIG FERRIOL, p. 683; GONZÁLEZ ACEBES, pp. 185-186; DOMÍNGUEZ LUELMO, p. 1154; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, p. 462; CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1742, para evitar impugnaciones sobre el nombramiento. Pero nos parece difícil que antes de hacer la partición se pueda citar a los acreedores de la herencia, cuya identificación es precisamente una operación particional que, por hipótesis, no está realizada; menos aun que se cite a los acreedores de los coherederos.

división judicial de la herencia nada tiene que ver con el nombramiento por el Juez de un contador-partidor dativo (art. 1057.2 CC), ya que estamos ante una petición diferente a aquella que a todo heredero corresponde para solicitar la división de la herencia por los trámites de los arts. 782 y ss. LEC: «Dicha solicitud ha de seguir los trámites de los actos de jurisdicción voluntaria, (...)».

Por otra parte, según la argumentación del AAP Ciudad Real 12.11.2001 (TOL 134.485), el Juez debe apreciar si concurren los presupuestos procesales necesarios para la aprobación judicial del nombramiento: no constar que el testador haya efectuado un nombramiento de partidor, y estar legitimados los solicitantes para instar el nombramiento. Así, también SAP Pontevedra 1.4.2014 (TOL 4.489.583), que cita el AAP Pontevedra 10.10.2011 (TOL 3.540.631).

7. LOS REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR EN EL CONTADOR-PARTIDOR

Habrá que tener en cuenta que el nombramiento se debe realizar «según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos».

A este respecto, salvo el improbable caso de acuerdo entre todos los interesados (art. 339 LEC), el art. 341 LEC se ocupa del procedimiento para la designación judicial de perito, en los siguientes términos:

«1. En el mes de enero de cada año se interesará de los distintos Colegios profesionales o, en su defecto, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo.

2. Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona».

Por su parte, si el expediente se tramita ante Notario, el art. 50 LN dispone:

«1. En el mes de enero de cada año se interesará por parte del Decano de cada Colegio Notarial de los distintos Colegios profesionales, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos, que estará a disposición de los Notarios en el Colegio Notarial. Igualmente podrán solicitar formar parte de esa lista aquellos profesionales que acrediten conocimientos necesarios en la materia correspondiente, con independencia de su pertenencia o no a un Colegio Profesional. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Decano del Colegio Notarial, y a partir de ella se efectuarán por el Colegio las siguientes designaciones por orden correlativo conforme sean solicitadas por los Notarios que pertenezcan al mismo.

2. Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona».

Al respecto se ha planteado si el contador-partidor dativo podrá ser un Notario; parece obvio que el art. 50 LN no está pensando en esa posibilidad, pues todo el sistema de selección parte de la base de una comunicación del Decano del Colegio Notarial con profesionales externos. Ahora bien, a la vista de la expresión legal que determina la cualificación necesaria para ser perito —«profesionales que acrediten conocimientos necesarios en la materia correspondiente»— sería un tanto extraño excluir precisamente a los Notarios, cuya preparación en materia sucesoria es muy alta (por no decir mucho más alta, hablando en términos generales, que la de otros posibles destinatarios del encargo). Naturalmente que el legislador pudiera haberse planteado la incompatibilidad de los Notarios con el cargo desde el punto de vista de evitar tensiones corporativas. Pero entendemos que, no habiéndolo hecho, no debiera haber problema para ello, siempre que el contador-partidor sea un Notario diferente al que realiza el nombramiento y aprueba la partición⁸².

⁸² PÉREZ RAMOS, p. 750.

Por lo demás, las condiciones subjetivas del contador así designado, así como las reglas que gobiernen la partición realizada no deben ser diferentes a las exigidas para el contador-partidor testamentario⁸³. Por tanto, habrá que tener presente que solamente se podrá nombrar contador-partidor a quien no sea coheredero⁸⁴; en este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, la reciente RDGRN 16.10.2015 (TOL 5.542.561). La exclusión de estos últimos está perfectamente justificada: como dice García Goyena: «el interés del partidor se hallaría en oposición con el de los otros»⁸⁵. En cambio, para la STS 11.1.1928 (JC T. 180 n.º 38) es apto para ser nombrado albacea el marido de una de las coherederas porque en ese caso no se produce el conflicto de intereses de forma directa⁸⁶. En razón de la justificación que existe para la exclusión de los herederos, cabe pensar que el llamado que repudia sí pudiera llegar a ser contador-partidor⁸⁷.

Parece obvio que también estarán excluidos los que sucedan al causante por derecho de representación o como sustitutos de un heredero. No obstante, una RDGRN 8.2.1957 (RJ 1957/543) afirmó que podía ser contador el sustituto fideicomisario de la heredera instituida porque su llamamiento era meramente condicional. En el caso sucedía, no obstante, que propiamente no había partición de bienes por ser heredera única la primera llamada, y usufructuaria universal; pero si hubiese habido necesidad de partir, no se podría admitir al sustituto fideicomisario como contador, ya que estaría interesado en la distribución de los bienes⁸⁸. Asimismo cabe pensar en la exclusión para el desempeño del cargo del cesionario de una cuota de la herencia, porque se habría producido de modo sobrevenido una causa de ineptitud⁸⁹.

Resulta razonable pensar que el legatario de parte alícuota no podría actuar como contador, pues se aprecia para su exclusión identidad de razón con el caso del coheredero⁹⁰; y similar dificultad habría para justificar la exclusión del usufructuario de parte alícuota⁹¹. No obstante el cónyuge viudo en los casos contemplados

⁸³ ÁLVAREZ-SALA, pp. 318 y ss.

⁸⁴ ÁLVAREZ-SALA, pp. 310 y 318; GONZÁLEZ ACEBES, p. 207.

⁸⁵ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852. Zaragoza, 1974, p. 449; también SCAEVOIA, p. 285.

⁸⁶ Así ALBALADEJO, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2.º. Edersa, Madrid, 1989, p. 211.

⁸⁷ Así MANRESA, pp. 731-732.

⁸⁸ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 209.

⁸⁹ CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1738.

⁹⁰ Así ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 203 y ss.; RIVAS MARTÍNEZ, III, pp. 2604-2605; CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1738; GONZÁLEZ ACEBES, p. 212. No obstante, la RDGRN 30.6.1956 (RJ 1956/2582) consideró posible que el legatario de cuota actuara como contador-partidor.

⁹¹ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 208.

por el art. 831 CC desempeña funciones parecidas e, incluso, de mayor alcance que las propias del contador-partidor de modo que no debe haber inconveniente alguno en que sea nombrado contador-partidor de una herencia en la que sean herederos los hijos que el causante y él tengan en común⁹²; fuera de ese caso, es decir, si concurren herederos diferentes, parece que se impone la exclusión del cónyuge, porque aunque no sea realmente un coheredero, sí que le afecta la partición⁹³. La STS 8.2.1892 (JC T. 71 n.º 33) y la RDGRN de 6.10.1900 (JC T 90 n.º 86) han negado la posibilidad de que el cónyuge viudo actúe como contador-partidor. A la vista del actual art. 831 CC parece que estas decisiones, contrarias al desempeño del cargo por el viudo, carecerían de apoyo legal, cuando a tenor de ese precepto nada obsta para que, en la herencia a la que sean llamados los hijos comunes, el cónyuge viudo realice el cometido de contador-partidor.

Es evidente también que el usufructuario universal de la herencia podría ser contador-partidor en la misma, porque a causa de la extensión de su derecho, le va a resultar indiferente la partición⁹⁴. En un supuesto de persona a la que se atribuía un usufructo voluntario, admitió la condición de contador la RDGRN 30.6.1956 (RJ 1956\2582)⁹⁵, con un criterio que en este caso sí parece rechazable. La única excepción que cabe es la del cónyuge, por el argumento legal que hemos aducido más arriba.

El heredero en cosa cierta y determinada, en tanto que la indicación de la cosa cierta baste en el caso concreto para excluir la condición de heredero y deba ser considerado como legatario a tenor del art. 768 CC, sí podrá ser contador-partidor⁹⁶.

Es discutible si, en los casos del art. 1000 CC en que se entiende aceptada la herencia por la aparición de una persona que ocupa el lugar del llamado a la misma, el cedente puede o no puede ser contador. La STS 18.5.1962 (RJ 1962\2753) indicó que «no puede verificarse la partición de bienes por el coheredero aceptante, entendiéndose hecha la aceptación –aparte de los actos expresos a que se refiere el número 1.º del mismo artículo 1000– aunque se renuncie a la herencia y se haga gratuitamente en favor de unos o

⁹² CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1738; GONZÁLEZ ACEBES, pp. 215-216.

⁹³ Así MANRESA, pp. 730-731; ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 206-207.

⁹⁴ CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1738.

⁹⁵ «Si conforme a dicha voluntad y a la sistemática del Código Civil, la institución es de legado, no es de razón aplicar a éste ciertas incompatibilidades, establecidas para el heredero, entre ellas, la del artículo 1057, que impide a éste ser contador, ya que toda vez que, como comprensivo de una norma prohibitiva ha de ser interpretado restrictivamente».

⁹⁶ Así GONZÁLEZ ACEBES, p. 210. En sentido parcialmente diferente, ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 202-203, para quienes el heredero en cosa cierta estará siempre excluido de la prohibición.

varios de los coherederos salvo el caso de verificarlo en beneficio de todos a quienes correspondería el derecho de acrecer que constituye en suma una renuncia pura y simple; sin que quepa (...) sostener que puede libremente hacer las particiones el nombrado heredero que renunció a la herencia en beneficio de otro al haber cesado su interés personal sobre el caudal relicto ya que ha demostrado una preferencia por el beneficiario de la renuncia, que puede repercutir en las operaciones particionales; que es precisamente lo que la Ley trata de evitar; y buena prueba de que se ha aceptado la herencia al renunciarla en favor de un coheredero está en que tal acto, constituye una verdadera disposición de bienes el transmitir lo que ya es del renunciante a favor del beneficiario que no podría realizar de no haber entrado en su patrimonio la cuota hereditaria, cosa totalmente diferente de la renuncia pura y simple en que sin pasar los bienes por su patrimonio los adquieren del causante en forma directa e inmediata los restantes coherederos con derecho a ello»⁹⁷. Las razones se pueden compartir.

8. EL DESEMPEÑO DEL CARGO

En principio el cargo del contador-partidor es personal, por lo que no puede delegarse: así SSTS 20.9.1999⁹⁸ y 6.5.2013 (TOL 4.061.866)⁹⁹. Lo cual no impide, según la Jurisprudencia, que se empleen auxiliares para realizar sus tareas propias: SSTS 2.6.1962 (RJ 1962\2665)¹⁰⁰, y 25.2.2000 (TOL 2.420)¹⁰¹. En el mismo sen-

⁹⁷ Siguen este criterio ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 209-210.

⁹⁸ TOL 5.120.410: «la testadora nombró albaceas particulares con la misión específica de hacer la partición (así, sentencia de 8 de marzo de 1995) y éstos la encomendaron a un abogado en ejercicio, que la hizo por entero, se la presentó y la aprobaron y firmaron. Lo cual no es una cooperación, ni simple encargo del trabajo material de redacción, ni, por tanto, auxilio material o jurídico, sino dar al tercero el encargo que han recibido por razón de su *officium*, para que haga sus veces, lo cual es el concepto gramatical y jurídico de delegación (...) la valoración jurídica que hace la Audiencia Provincial es que esto no es una delegación, sino encargo de trabajos "meramente auxiliares". Lo que constituye una calificación jurídica errónea por desconocer el concepto de delegación que prohíbe el artículo 909 del Código civil que ha sido totalmente infringido».

⁹⁹ «El cargo del contador-partidor (artículo 1057 y 899 del Código Civil) se acepta a título personal, y salvo disposición contraria del testador, también resulta indelegable».

¹⁰⁰ «Se denuncia la violación del artículo 909 del Código Civil, porque al no practicar el albacea liquidación entre la herencia del causante y el recurrente delegó parte de sus funciones, con infracción de dicho artículo, motivo que no puede prosperar, porque si bien el cargo de albacea es personalísimo, lo que prohíbe el artículo 909 es la delegación íntegra y absoluta, no la parcial, a parte de que ni se planteó tal delegación en la instancia, por lo que en este trámite es una cuestión nueva, ni existió la misma, sino sólo se facilitó al albacea los medios necesarios para el desempeño de su cometido por los herederos, bien por sí o por otras personas».

¹⁰¹ Para esta última: «esa actuación [se refiere simplemente a la práctica de la partición], que es perfectamente válida conforme al art. 897 del Código civil, exige un cometi-

tido, la RDGRN 5.10.1900 (JC T 90 n.º 85): los contadores-partidores se sirvieron de un abogado para que «ultimase y presentase a la aprobación judicial el cuaderno particional que le entregaron»; lo que se consideró admisible porque el testador había autorizado a los interesados a otorgar «poderes generales y especiales a favor de Abogados, Procuradores y otras personas de su confianza». Pero esta posibilidad, que en ese caso contaba con la expresa autorización por el causante, en realidad no depende de esa voluntad expresa, sino del propio cometido institucional del contador-partidor, quien podrá utilizar auxiliares siempre que manifieste su voluntad de dar la partición por redactada personalmente¹⁰²; así RRDGRN 2.7.1929 (JC T 190 n.º 9)¹⁰³ y 18.10.1929 (JC T 190 n.º 181)¹⁰⁴.

9. LAS FACULTADES DEL CONTADOR

Las reglas que gobiernan la partición realizada por el contador-partidor dativo en principio deben ser iguales a las del contador-partidor testamentario¹⁰⁵, si bien esta asimilación debe hacerse con prudencia, ya que en la práctica muchas veces este último es albacea¹⁰⁶. Procede reiterar aquí la advertencia que ya adelantamos en su momento: que, pese a la asimilación legal, la diferente naturaleza jurídica del contador-partidor testamentario y del dativo, dificulta determinar los cauces que permiten integrar el régimen de la segunda de estas figuras. Así el testamento no vendrá casi nunca en auxilio del intérprete a la hora de delimitar las competencias o facultades del contador-partidor dativo; como tampoco es tan fácil para ello invocar las reglas del apoderamiento o del mandato. La

do personalísimo –salvo facultad concedida expresamente para delegar, como dice el art. 909– pero esa exigencia no es absolutamente excluyente dejando en obligada soledad al contador-partidor, pues siendo operación compleja la de la partición, que puede rebasar los conocimientos y posibilidades del contador hasta requerir el auxilio material o jurídico de otros, al recabar esa ayuda no necesita de la autorización del testador para delegar ni contraviene la naturaleza personalísima del cargo –que nunca quiso decir que personalmente haya de realizar el contador todos y cada uno de los actos que van a conducir a su meta final de realizar la partición encomendada– como han dispuesto las sentencias de 5 de octubre de 1.900 y 2 de junio de 1.962 y la doctrina más autorizada, siempre que asuma la responsabilidad de lo realizado por sus auxiliares y que definitivamente e independientemente manifieste, expresa y solemnemente, su voluntad de tener por hecha la partición que, de su propio hacer auxiliado, resulte».

¹⁰² ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 218-219. En el mismo sentido MANRESA, p. 736.

¹⁰³ El comisario «ha de cumplir personalmente su encargo», pero «no debe reputarse incapaz por no saber o no poder escribir, ni está obligado a extender por sí mismo el cuaderno particional».

¹⁰⁴ Así también, en cuanto al contador-partidor dativo, PUIG FERRIOL, p. 674.

¹⁰⁵ ALVAREZ-SALA, pp. 318 y ss.

¹⁰⁶ PÉREZ RAMOS, pp. 754-755.

analogía con estas últimas instituciones no se puede fundamentar en la voluntad del causante, a diferencia de lo que sucede con el contador-partidor testamentario, pero tampoco se la puede hacer descansar en la voluntad de los coherederos, puesto que no todos ellos consienten, y tampoco es razonable hacer depender las facultades del contador-partidor solamente de la voluntad de los solicitantes, prescindiendo de la de los otros partícipes. Tenemos, pues, que la del contador-partidor dativo es una institución construida a imagen del contador-partidor testamentario, lo cual permite remitirse a ella para determinar sus facultades, si bien ello presenta el problema de que hay que hacerlo con base en la jurisprudencia, no siempre uniforme; además, como ambos contadores se basan en unos presupuestos o elementos muy diferentes, los aspectos más polémicos o difíciles del régimen jurídico pueden ser de difícil adaptación de una figura a otra. Veremos algunos ejemplos más adelante.

La RDGRN 11.9.1907 (JC T 108 n.º 58) consideró que «la partición de herencia supone como elementos de la misma un caudal que dividir, determinado mediante riguroso inventario el conocimiento del valor de los bienes que integran dicho caudal, la liquidación del haber partible obtenido con sujeción a reglas que han de tener por bases las deudas, las aportaciones matrimoniales, las colaciones, los gananciales, etc., y la distribución y adjudicación del haber que arroje esa liquidación»¹⁰⁷. Dichas facultades no dan poder ninguno sobre los bienes hereditarios en cuanto a su tenencia, posesión, administración, conservación, o disposición, sino simplemente en cuanto a su división. El contador tampoco representa la herencia. Todo ello salvo que el testador haya otorgado al contador, las facultades de apoderarse de los bienes y entregarlos en su momento a los adjudicatarios [cfr. art. 885 CC y 81, c) RH]¹⁰⁸, lo cual será muy difícil que se haya producido en el caso del contador-partidor dativo.

La práctica de la partición recomienda seguir el orden de las operaciones descritas en el art. 786.2 LEC: 1.º La relación de los bienes que formen el caudal partible. 2.º El avalúo de los comprendidos en esa relación. 3.º La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes.

Fijado el activo y el pasivo hereditario, debe procederse a la liquidación, pero meramente contable. Luego se puede proceder a la formación de los lotes, y, finalmente, efectuar su adjudicación a cada uno de los herederos. Paralelamente a todo este proceso puede

¹⁰⁷ En el mismo sentido, RDGRN 6.3.1923 (JC T.158 n.º 102).

¹⁰⁸ Seguimos a ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 226-227.

ser preciso comprobar si se lesiona alguna legítima; es decir determinar si las mejoras y las atribuciones hechas con cargo a la parte de libre disposición son excesivas o no. Para eso, será preciso efectuar la computación e imputación de las liberalidades y calcular, en su caso, la cuantía de la reducción que sea precisa¹⁰⁹.

El Código no describe las facultades del contador-partidor, cuya enumeración se puede realizar a partir de la práctica, y de la aplicación de las normas del albaceazgo¹¹⁰. Antes de exponer las tareas que competen al contador-partidor testamentario, y cabe pensar que también al dativo, es necesario hacer dos advertencias: primera, en cualquier partición que afecte a bienes inmuebles existe un control registral de la legalidad de la misma; segunda, específicamente en el caso del contador-partidor dativo las facultades ejercidas efectivamente por este van a ser controladas antes de que exista propiamente partición, a diferencia de lo que sucede en la partición hecha por contador-partidor nombrado por el causante. Además, se debe tener presente que las personas afectadas por la partición habrán sido notificadas en el expediente, y se les habrá dado la oportunidad de aprobar la partición, o no hacerlo. Así las cosas, incluso antes de la aprobación de la partición han podido ya surgir, alegados por los interesados, suficientes elementos de juicio para poner en duda el correcto ejercicio de las facultades por el contador-partidor, por lo que a tenor de ellos sería posible que el responsable del expediente negara su aprobación. Esto singulariza todo lo que se dice a continuación, que está referido principalmente al contador-partidor nombrado por el causante. Teniendo en cuenta esta advertencia las facultades que se contemplan en la jurisprudencia son¹¹¹:

a) La facultad de interpretar el testamento, siempre que ello afecte a su tarea de partidor («en lo que sea necesario para el desempeño de su cometido», dice la STS 31.3.1970, TOL 4.284.202); RRDGRN 27.12.1982 (RJ 1982\8065)¹¹², 1.12.1984 (TOL 675.846), 26.2.2003 (TOL 268.190), 31.3.2005 (RJ 2005/3483),

¹⁰⁹ VALLET, pp. 393-394.

¹¹⁰ RUBIO GARRIDO, pp. 6515-6516.

¹¹¹ Puede verse, como tratamiento general de las facultades del contador-partidor: RDGRN 27.5.2014 (TOL 4.445.562).

¹¹² «Es reiterada la jurisprudencia de este Centro de que los Contadores-partidores a que se refiere el art. 1057 del C. Civ., tiene amplias facultades para interpretar y cumplir la voluntad del testador, y al efecto pueden hacer las declaraciones unilaterales necesarias, pero como resolvió entre otras, la S. 18 mayo 1933 no con su libérrimo arbitrio, sino con sujeción estricta al testamento, que constituye la norma fundamental de la sucesión, y sin que tales facultades alcancen a realizar una partición en la que presumiblemente se refleja una voluntad que no está racionalmente en concordancia con la del testador».

13.10.2005 (TOL 751.919)¹¹³, 20.7.2007 (TOL 1.115.857), 18.6.2013 (TOL 3.855.038), 30.9.2013 (TOL 3.973.295), 16.3.2015 (TOL 4.840.376) y 29.6.2015 (TOL 5.421.134). Se dice que esta interpretación prevalece hasta que haya sido impugnada victoriosamente ante los Tribunales¹¹⁴, por lo que, en principio, no cabe que el Registrador de la Propiedad se oponga a ella¹¹⁵. Ahora bien, esto tiene que ser muy matizado, ya que como dice la RDGRN 14.9.1964 (RJ 1964\5921): «el título básico para inscribir la transmisión hereditaria es el testamento, al que como ley de la sucesión tienen que someterse no sólo los interesados, sino también los contadores, quienes en el cumplimiento de su función no podrán alterar o modificar caprichosamente el contenido de las cláusulas testamentarias, con el pretexto de una fiel interpretación porque ésta, conforme al art. 675 del CC, deberá ser sistemática y atenerse al sentido literal de las palabras cuando no aparezca claramente que fue otra la voluntad del causante». Por tanto la facultad de interpretar el testamento, se debe entender «sin perjuicio de la función calificadora del registrador cuando la interpretación del albacea contador-partidor no se acomoda al mismo ni resulta de la Ley» (RDGRN 21.5.2014, TOL 4.440.030)¹¹⁶. En la doctrina se acepta que estas conclusiones se aplican también al contador-partidor dativo¹¹⁷, si bien cabe también su nombramiento en la sucesión intestada y, entonces, no existirán. Claro está que, faltando la relación de confianza con el testador que está presente en el contador-partidor nombrado por el causante, el fundamento de la facultad de interpretación no puede ser el mismo; y, cabe pensar, que la extensión de la misma también; por otra parte, en el caso del contador-partidor dativo, a diferencia del supuesto de nombramiento por el causante, el testamento no habrá podido ni conferir ni determinar ni reforzar las

¹¹³ «Corresponde al albacea contador-partidor la interpretación de la voluntad del causante, así como la valoración de las donaciones realizadas y el análisis de su inoficiosidad, habiendo de pasarse por sus decisiones mientras no sean notoriamente contrarias a la ley o a lo dispuesto por el testador, circunstancias que no concurren en el presente caso».

¹¹⁴ Vid. ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 228-229; DÍAZ SOLER, Ángel, *El contador partidor testamentario*, Madrid, 1996, pp. 258 y ss.; CARBALLO FIDALGO, Marta, *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 273 y ss.; ABELLA RUBIO, pp. 198 y ss. Así, también la STS 29.4.2008 (TOL 1.320.867): «no se puede pretender que la función interpretadora del testamento que asumen los albaceas sustituya a la propia función jurisdiccional».

¹¹⁵ Puede verse el interesante supuesto planteado por RDGRN 19.4.2013 (TOL 3.711.534).

¹¹⁶ También, en el mismo sentido, RRDGRN 26.2.2003 (TOL 268.190), 11.9.2013 (TOL 3.962.817) y 11.7.2013 (TOL 3.920.793).

¹¹⁷ PÉREZ RAMOS, pp. 757-758.

facultades de interpretación¹¹⁸; por tanto, en la práctica es fácil que el control registral de la interpretación realizada sea más intenso en la partición realizada por el contador-partidor dativo. Estas razones recomiendan que este último sujeto se comporte con una mayor circunspección al interpretar el testamento.

b) Se debiera añadir a lo anterior que es muy abundante la jurisprudencia que señala que el contador-partidor testamentario al realizar la partición debe atenerse a aplicar el testamento, lo cual es igualmente aplicable al contador-partidor dativo, o, si cabe, aun más por las razones que se acaban de explicar. Así, por citar solamente algunas, se han pronunciado sobre el contador-partidor testamentario las SSTS 27.5.1968 (RJ 1968\2923), 31.5.1980 (TOL 1.740.410)¹¹⁹, 18.5.1983 (TOL 1.738.480). Y RDGRN 14.9.1964 (RJ 1964\5921)¹²⁰. En este sentido, no cabe que el contador pueda declarar la ineficacia parcial o total del testamento, puesto que se trata de facultades propias de los Tribunales: RRDGRN 1.12.1984 (TOL 675.846), 26.2.2003 (TOL 268.190)¹²¹ y 31.3.2005 (RJ 2005/3483).

¹¹⁸ Nótese que muchas de las afirmaciones que justifican la existencia de las facultades de interpretación en el contador-partidor no se pueden hacer, en puridad, en relación al contador-partidor dativo: «tales personas, como ejecutores testamentarios con amplias facultades, son de las más autorizadas para descubrir la verdadera voluntad del testador» (STS 18.4.1985, TOL 1.736.587). En nuestro caso, no se han otorgado esas amplias facultades por el testador, y, por tanto, no hay una especial competencia del contador-partidor para descubrir la voluntad del mismo.

¹¹⁹ «El Comisario viene facultado por el causante para dividir los bienes de la herencia, pero en manera alguna para alterar los actos dispositivos contenidos en el testamento.»

¹²⁰ Seguimos también en este punto a ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 256-257.

¹²¹ Se dice literalmente, ante un supuesto de legado al cónyuge del que luego el testador se divorcia que «el hecho de que en la disposición testamentaria se identifique al beneficiario por su relación de cónyuge del testador, después de haber expresado su identidad, no permite concluir que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera entenderse la expresión de aquella relación como un elemento simplemente identificativo, lo que impediría aplicar el artículo 767 del Código Civil: que a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador y en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita, la existente al tiempo del otorgamiento, por lo que una alteración sobrevinida de las circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la esencial revocabilidad del testamento (art. 739 del mismo Código). Y si bien es cierto que a la hora de interpretar la voluntad del testador no puede descartarse que ésta presupusiera para la eficacia de una disposición que permaneciese una situación –el vínculo matrimonial con el favorecido– que después ha desaparecido y esa voluntad habría de prevalecer conforme a los criterios interpretativos contenidos en los artículos 675 y 767 del Código Civil, que si bien han de partir del contenido del propio testamento ha de seguir, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, un criterio subjetivista, tratando de buscar la real voluntad del testador, criterio interpretativo que podría conducir, tal como postula el recurrente, a entender que la disposición no se habría hecho de haber sabido que el vínculo matrimonial con el favorecido no subsistiría y que ello era lo que se quería expresar al hacer la disposición en favor del cónyuge, tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente en procedimiento contradictorio y con una fase probatoria que no cabe en el procedimiento registral en el que ha de estarse al contenido literal del testamento, lo que impide admitir la inscripción de una partición en que el contador partidor

Cabe preguntarse, si procede que el contador ajuste la partición a lo que resulte de la ley imperativa, si fuera el caso de un testamento que chocara con ella. Sobre el particular no existe un criterio claro en nuestra jurisprudencia. Por un lado, la RDGRN 18.12.1951 (RJ 1951/2758) sostuvo que los contadores-partidores, en el uso de sus facultades, han de sujetarse de forma «estricta al testamento, que constituye la norma fundamental de la sucesión y sin que tales facultades alcancen a declarar por sí nulo e ineficaz un testamento del causante o alguna de las cláusulas en que ordene la distribución de la herencia, ni a prescindir de los derechos sucesorios concedidos por el padre al hijo ilegítimo como se hace en el presente caso, ya que tales cuestiones corresponden a los Tribunales de justicia». En parecido sentido la RDGRN 1.12.1984 (TOL 675.846)¹²². Sin embargo, de modo contrario, la STS 11.2.1952 (RJ 1952\284) estableció que «la voluntad del testador es ley de su sucesión sólo en cuanto se mantenga dentro de los límites materiales y formales permitidos por el ordenamiento jurídico, de suerte que si tal limitación es rebasada y se actúa frente a una prohibición legal será nulo lo actuado, conforme prescribe el artículo 4.º del Código Civil, y, en consecuencia si el testador se extralimitó distribuyendo sus bienes en cuantía no permitida por su ley nacional en cuanto, a la mejora y prelegado que dispuso, los contadores que en la partición se atuvieron al estatuto personal del causante, subsanando la transgresión en que éste había incurrido, procedieron correctamente y actuaron de acuerdo con el espíritu que informa el artículo 901 del Código Civil, porque si bien son ejecutores de la voluntad del testador a efectos de la partición de su herencia, se deben ante todo al cumplimiento de la Ley prohibitiva, que tiene fuerza vinculante para el testador y para los contadores, con rango imperativo superior o preponderante a la voluntad de aquél y de éstos».

La jurisprudencia más reciente sigue estando dividida. Así, existen pronunciamientos en que se admite que el contador-partidor aprecie la inoficiosidad, y otros en que se le impide declarar la injusticia de la desheredación. No obstante, ni siquiera lo primero es un criterio consolidado: en sentido positivo, las RRDGRN

se aparta de su contenido al estimar como ineficaz una disposición que judicialmente no se ha declarado como tal».

¹²² «El contador-partidor tiene la obligación de interpretar la voluntad testamentaria, sin que tenga facultad alguna para declarar por sí su nulidad o ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de Justicia a solicitud de los herederos que procedan a su impugnación».

20.9.2003 (TOL 317.375)¹²³ y 31.3.2005 (RJ 2005\3483)¹²⁴; en cambio, para la RDGRN 14.9.2009 (TOL 1.622.034): «no corresponde al contador decidir acerca de la inoficiosidad sin concurrencia de los interesados»¹²⁵.

Por su parte, Lacruz afirmó que «si en el testamento hay disposiciones contra ley, producirán o dejarán de producir sus efectos con independencia de la voluntad del comisario (...). No podría... ser juez de la legalidad de las disposiciones del causante, y así considerar bien o mal hecha una desheredación o ilícita una condición, e incluso apreciar la existencia de preterición. Todo ello corresponde a los tribunales, y sólo tras su pronunciamiento podrá el comisario (si está dentro de plazo, cosa improbable a menos que se entienda éste suspendido por aplicación del art. 904) dar cumplimiento al encargo del testador»¹²⁶. No obstante, también se ha apuntado que cabe ajustar la partición a lo que quepa dentro del campo de la interpretación¹²⁷.

¹²³ «Se debate en el presente recurso sobre la inscripción de una partición efectuada por albacea contador-partidor, en la que concurren las siguientes características: Al tiempo de otorgar su testamento, el causante tenía tres hijos, legando a uno de ellos, el varón, «una novena parte de todo su patrimonio, en pleno dominio, imputable al tercio de legítima estricta y en pago de cuantos derechos pudiera pretender en la herencia de la testadora»; e instituyendo herederos por partes iguales a sus otras dos hijas. Premurieron a la testadora dos de sus hijos, uno de ellos, el varón que dejó a su vez tres hijos, mientras que la otra hija premuerta lo hizo en estado de soltera y sin descendientes. El contador, después de inventariar los bienes relictos, realiza con un tercero, cotitular con la causante de determinada finca, la disolución de dicha comunidad mediante la constitución de esa finca en régimen de propiedad horizontal y reparto de los pisos resultantes; y a continuación procede a la adjudicación de los bienes, atribuyendo a la estirpe del hijo premuerto bienes valorados en 1/9 del valor total del caudal. 2. Comenzando por el segundo de los defectos, es evidente que la partición de la herencia por el comisario no solo tiene que ajustarse a la voluntad del testador sino también a las superiores disposiciones legales de carácter imperativo, a las que el propio testador quedaba sujeto, como son las relativas al respeto de las legítimas; y ello aun cuando sean circunstancias posteriores al otorgamiento del testamento las que determinen que su contenido resulte parcialmente contrario a esas normas imperativas. En tal caso, el contador deberá efectuar la partición ajustándose al testamento en la medida en que este resulte respetuoso con las disposiciones legales imperativas que han de regir la sucesión; se evitará así que la partición resulte viciada y no pueda acceder al Registro de la Propiedad (cfr. arts. 763, 815, 817, 1068 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria, así como la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de octubre de 2002)».

¹²⁴ «A diferencia de la fijación de las legítimas correspondientes a los herederos forzosos y la reducción de disposiciones testamentarias inoficiosas, en que el contador partidor estaría actuando con sujeción a lo establecido por la Ley (*vid.* Resolución de 9 de marzo de 1927), lo que no puede ser entender ineficaz la desheredación ordenada por el testador cuando se funda en justa causa expresada en el testamento y la certeza de dicha causa no ha sido contradicha por los desheredados (cfr. artículos 850 y 851 del Código Civil). En el presente caso, al no haber sido negada por los desheredados —en la vía judicial correspondiente— la causa de desheredación expresada por el testador, el contador partidor habrá de pasar por ella; y, como consecuencia, conforme al artículo 857 del Código Civil, no se puede privar de su legítima a los hijos y descendientes de los desheredados».

¹²⁵ Cfr. CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp. 284 y ss., y en especial pp. 291-293.

¹²⁶ LACRUZ, I. 1971, pp. 244-245. Parecidamente: ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 263.

¹²⁷ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 263.

c) La facultad de liquidar la sociedad conyugal del causante, según una reiterada jurisprudencia, corresponde al contador-partidor testamentario juntamente con el viudo, sin necesidad de que intervengan los herederos¹²⁸. Así SSTs 10.1.1934 (RJ 1934\35), 2.4.1996 (TOL 1.659.365), 14.12.2005 (RJ 2005\10160) y 18.5.2006 (TOL 934.885), pues la omisión de la liquidación de la sociedad conyugal puede originar la nulidad de la partición que se practique: así STS 15.6.2006 (TOL 961.851)¹²⁹. Y con el mismo criterio las RRDGRN 11.9.1907 (JC T 108 n.º 58), 6.3.1923 (JC T. 158 n.º 102), 2.12.2003 (RJ 2003/2124) y 20.7.2007 (TOL 1.115.857), entre otras¹³⁰. A nuestro juicio, efectivamente se trata de una operación habitualmente previa a la partición, aunque en algunos casos excepcionales pueda no realizarse¹³¹, porque la sociedad de gananciales se disuelve a consecuencia de la muerte del causante; realmente, si no se entendiera así, la actuación del contador-partidor difícilmente logrará las finalidades propias de la figura, que son la de simplificar la partición y evitar los litigios.

Ahora bien, algunos autores han puesto de manifiesto que no existe ningún argumento de orden legal que pueda apoyar esta solución, que solamente se basa en la razón práctica de simplificar las cosas, mientras que parecería excesivo privar a los herederos de la posibilidad de intervenir en la liquidación del régimen económico matrimonial, sin que ello resulte de la voluntad del causante¹³². En general no estamos de acuerdo con esta crítica pues la referida facultad se puede entender conferida por el causante de modo implícito¹³³, como que se trata de una operación previa a la parti-

¹²⁸ PÉREZ RAMOS, p. 759.

¹²⁹ «La nulidad de la partición por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incontestable. La partición produce la extinción de la comunidad hereditaria, mediante la división y adjudicación a los coherederos del activo de la herencia, tal como prevén los artículos 1051 y siguientes del Código civil, la cual, como dice el artículo 659 comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, es decir, que no se comprende la mitad de la comunidad ganancial que corresponde al cónyuge superviviente».

¹³⁰ Solamente se aparta de esta tesis alguna STS aislada para atribuir efectos a la liquidación de la sociedad de gananciales realizada por el contador partidor sin intervención siquiera del cónyuge viudo: cfr. CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, p. 122.

¹³¹ STS 18.7.2012 (TOL 2.635.443): «Cuando el matrimonio del causante se había regido por el régimen de gananciales, se suele proceder a la división de la sociedad, lo cual obliga a dividir y liquidar a su vez dos comunidades. La razón se encuentra en que hay que determinar, a los efectos del art. 659 CC, cuál es el objeto de la herencia, es decir, los bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extingan con la muerte (...). Esta regla general, sin embargo, no es imperativa, de modo que la no liquidación previa de los gananciales no comporta la nulidad de la partición realizada, cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el objeto de la partición, es decir, el caudal relicto».

¹³² Así ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, especialmente p. 234; GÓMEZ-SALVAGO, pp. 98 y ss.; cfr. el pormenorizado tratamiento de estas críticas en CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp. 122 y ss.

¹³³ CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1740.

ción y motivada precisamente por la disolución de la sociedad de gananciales por causa de muerte. Pero, obviamente, esta argumentación no sirve para el caso del contador-partidor dativo: en él no hay voluntad del causante a la que quepa remitirse; por otra parte, la solicitud de nombramiento requiere un porcentaje muy importante de intereses, pero no unanimidad, por lo que tampoco resulta posible entender que la intervención del contador-partidor dativo en la liquidación de los gananciales se fundamenta en la voluntad de los herederos. Así las cosas, ausente una expresa manifestación legal, resulta muy problemático fundamentar que el contador-partidor dativo pueda liquidar y dividir la sociedad de gananciales, aunque sea con el cónyuge. Acaso el hecho de que la división de la sociedad de gananciales sea necesaria para lograr las finalidades propias de la norma, que son la de simplificar la partición y evitar los litigios, pudiera llevar a considerar implícita esa facultad¹³⁴; pero un nuevo obstáculo se alzaría en contra. Hasta ahora hemos debatido sobre si el contador-partidor dativo puede hacer, con el cónyuge, la división de los gananciales. En la situación de dificultad para convenir la partición entre los coherederos, no se debe descartar, en absoluto, que el obstáculo principal para realizarla sea el que opone el cónyuge viudo, quien se puede sentir cómodo con su mitad indivisa de gananciales, añadida a las facultades como usufructuario de la herencia, y puede sentir muy poco interés en concretar la partición. Así, la solución a la que se llega entendiendo que el contador-partidor debe partir los gananciales junto con el cónyuge puede ser poco operativa, lo que es tanto como decir que el principal argumento para fundamentar esta facultad, que sería entenderla implícita en las finalidades de la norma de simplificar la partición y evitar los litigios, en realidad no se logra.

La verdadera solución sería que el legislador se hubiera planteado en qué condiciones el contador-partidor dativo pudiera liquidar ambas comunidades. En el actual estado de cosas, las mayorías que el precepto exige para solicitar el nombramiento deben producirse en las dos comunidades que es necesario liquidar; por tanto, la solicitud por quienes representen un porcentaje del cincuenta por ciento en la comunidad hereditaria no garantizaría que sea factible para el contador-partidor realizar por sí la liquidación y división de la sociedad de gananciales, y viceversa. Únicamente resultaría posible prescindir del cónyuge viudo si todos herederos del cónyuge fallecido solicitaran el nombramiento de contador-partidor dativo para la partición tanto de la herencia como de la sociedad de gananciales. Sin la voluntad del viudo, todos los herederos debieran ponerse de

¹³⁴ Así CADARSO PALAU, p. 1481.

acuerdo para solicitar el nombramiento de contador-partidor dativo de la sociedad, ya que únicamente así se garantizaría que la solicitud está hecha por el cincuenta por ciento. Teniendo en cuenta que el cónyuge viudo puede ser también heredero instituido por su consorte, se aprecia la dificultad, y, en algunos casos la imposibilidad, de que pueda nombrarse un contador-partidor dativo para liquidar la sociedad conyugal y la herencia, sin contar con él. Como la participación del cónyuge viudo en los gananciales es necesariamente de la mitad, su iniciativa sí sería bastante para lograr el nombramiento, pero entonces ese contador-partidor dativo no tendría facultades respecto de la herencia. A nuestro juicio, las carencias de la regulación se ponen de manifiesto con toda crudeza en este tema, que compromete gravemente la operatividad de la figura.

d) Facultades de valorar y satisfacer las legítimas. Se suele decir en la doctrina que la fijación de las legítimas tiene carácter particional y que, en consecuencia, dicha facultad le corresponde al contador-partidor como han señalado la RDGRN 9.3.1927 (JC T 174, n.º 32)¹³⁵. Por eso se añade que por la partición habrá de pasarse sin demostración previa de que las legítimas no resultan lesionadas, aunque los legitimarios pueden impugnarla probando que les produce perjuicio. A este respecto la RDGRN 16.11.1922 (JC T. 157 n.º 110), si bien en caso de partición hecha por el testador, declaró que «el art. 1056, y menos el 1075 del Código civil, no exigen una demostración *a priori* de que la partición hecha no perjudica a los herederos legitimarios, sino que en primer lugar ordenan se pase por ella, reservando las acciones de impugnación a los lesionados». Todo lo cual implica que, antes de la entrega de los legados, deben realizarse las operaciones de cálculo de las legítimas por parte del contador-partidor: así RDGRN 27.2.1982 (RJ 1982\838)¹³⁶.

¹³⁵ Así ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 239 y ss.; DÍAZ SOLER, pp. 368 y ss.; CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp. 133 y ss. Según esta última R. «la íntima relación que existe entre la colación de bienes y las operaciones particionales, demostrada no sólo por la estructura y contenido de las mismas, sino también por la agrupación de ambos conceptos bajo el mismo capítulo del Código civil, de igual modo que el indiscutible carácter particional de la fijación de legítimas y reducción de legados no permite la distinción sobre la que funda el Registrador sus argumentos, pues de sostener que para ventilar estos pormenores debe el comisario convocar a los interesados y pactar con ellos, se concluiría con la forma unilateral de las particiones de referencia».

¹³⁶ «Aun cuando la entrega de los legados puede hacerse por los albaceas, si éstos se hallan autorizados para ello por el testador, por permitirlo así el art. 885 del C. Civ., para que aquélla pueda tener lugar, debe proceder la liquidación y partición general de la herencia, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica por tanto la legítima de los herederos forzosos, a no ser que los expresados herederos concurran también a la entrega o manifesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad, pues al constituir una garantía y un derecho en favor de los mismos, claro es que pueden renunciar a él, si tienen la necesaria capacidad legal.(...) frente a lo expuesto no puede prevalecer la circunstancia de que por tener el Contador-Partidor nombrado la calidad de Comisario, con

Claro está que, en el caso de la existencia de un contador-partidor dativo la cuestión presenta perfiles peculiares, ya que los legitimarios habrán sido notificados en el expediente, y se les habrá dado la oportunidad de aprobar la partición. Así las cosas, antes de la aprobación de la partición por el Secretario judicial o el Notario han podido ya surgir, alegados por los interesados, suficientes elementos de juicio para poner en duda la corrección de la partición, y a tenor de ellos sería posible negar su aprobación por el Secretario judicial o el Notario.

e) Asimismo pertenece al contador la facultad de apreciar la existencia de bienes reservables, y darles el destino que corresponda¹³⁷. Así lo consideró la STS 2.3.1959 (RJ 1959/1089)¹³⁸, y la RDGRN 14.4.1969 (RJ 1969/4172)¹³⁹. Se debe tener presente que

las atribuciones que le confiere el art. 1057 del C. Civ., está autorizado para prescindir de dicha formalidad, pues aun cuando esta Dirección tiene establecida la doctrina de que las particiones efectuadas por los Comisarios deben estimarse subsistentes, sin necesidad de que los herederos forzosos las aprueben con su consentimiento, mientras aquéllas no se rescindan judicialmente, tal facultad no elude la obligación, según se deduce de lo antes indicado, de verificar la partición antes de hacer la adjudicación de los bienes hereditarios a los que hayan de tener participación en los mismos, así en concepto de herederos como en el de legatarios, lo que no obsta para que una vez verificada hayan de pasar por ella los interesados, mientras no se rescinda judicialmente a su instancia. (...) en el presente caso, en donde a la hija del causante se le deja la estricta legítima y al otro hijo se le instruye heredero universal, y a la vez se ordenan una serie de legados a otros descendientes, así como otro a la esposa del testador, y aún otro más a su hermana, y sin que haya precedido a la escritura de entrega calificada, la liquidación de esta herencia con las operaciones que lleva consigo para saber si está adecuada a los derechos de cada interesado, y no haber por último concurrido a su otorgamiento los herederos del de "cujus", para prestar su conformidad, conforme antes se indicó, ni tampoco han comparecido las dos legatarias para percibir la cosa legada, hay que estimar que adolece de esta falta o defecto».

¹³⁷ Así ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 241; CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp. 163 y ss.

¹³⁸ Pero en el caso a los contadores-partidores se les había nombrado con «las más amplias facultades para practicar todas las operaciones de su testamentaria y resolver las incidencias y asuntos que con ella se relaciona»; por lo que resulta lógico que se afirmara que «es obvio que su cometido excede con mucho al del albacea y al del simple contador partidor, ya que se perfila con poderes para resolver las incidencias de la partición, y entre ellas están incluidas las atinentes a la obligación de reservar, con determinación específica de los bienes reservables y sus equivalentes en dinero, en su caso».

¹³⁹ En ella se abordó si «puede el albacea contador-partidor, designado con amplias facultades por el cónyuge binubo en su testamento, determinar los bienes que tienen el carácter de reservables, dado que en las operaciones particionales con ocasión de la muerte de la primera esposa se le adjudicó al sobreviviente, sin establecer distinción alguna, un conjunto de bienes en pago de la cuota ganancial y de la herencia de aquélla, o si, por el contrario, carece el contador-partidor de esa facultad y se requiere el consentimiento de los reservatarios», y resolvió que «al formar parte de los bienes reservables de la herencia del reservista, podrá el albacea contador-partidor designado por el testador con amplias facultades resolver todas las incidencias de las operaciones particionales, entre las que se encuentra, tal como declaró la sentencia de 2 marzo 1959, la de fijar reservas sin necesidad de que hayan de comparecer los reservatarios como herederos del difunto, ya que en este caso la partición no tendría carácter unilateral al intervenir otras personas, además de las que el testador designó para el cumplimiento y ejecución de su última voluntad: todo ello sin perjuicio de la posibilidad por parte de los reservatarios de impugnar los actos del contador cuando no estén acordes con la voluntad testamentaria o se hayan hecho contraviñendo sus derechos».

las facultades conferidas a los contadores del caso eran amplias, pero pensamos que siempre que exista la facultad de partir, es necesario tener en cuenta las reservas, pues, caso contrario, no es posible practicar la partición, con independencia de que, en su caso, pueda aplicarse el art. 14.3 LH¹⁴⁰. Es mucho más dudoso que el contador-partidor pueda repartir los bienes entre los distintos reservatarios, ya que la reserva supone una sucesión legal, distinta de la del reservista, y, por tanto, diferente de aquella para la que tiene facultades¹⁴¹.

En cualquier caso, sucede lo mismo que en el caso anterior, como el contador-partidor dativo ha tenido que dar la oportunidad de aprobar la partición a los reservatarios, han podido surgir los elementos que ponen en duda la corrección de la partición, lo que puede dar lugar a que se deniegue su aprobación por el Secretario judicial o el Notario.

f) Por lo que se refiere a la colación, también puede apreciarla el contador-partidor, según resulta del carácter propio de esta figura que se integra en las operaciones particionales, condicionando de un modo directo su práctica. Así la RDGRN 9.3.1927 (JC T 174, n.º 32); dieron por supuesta la existencia de esta facultad la RDGRN 15.7.1943 (RJ 1943/944), y la STS 30.3.1949 (RJ 1949/933)¹⁴². Se debe decir exactamente lo mismo que en los casos anteriores: cuando se plantea la aprobación de la partición a los interesados y estos se oponen, procedería su aprobación por el Secretario judicial o el Notario, pero estos pueden tener ya por delante argumentos o causas de confrontación alegados por los interesados, que motiven dudas razonables sobre la validez de la misma.

g) ¿Puede el contador-partidor ordenar el pago de suplementos en metálico para igualar a los coherederos a los que se adjudican bienes que valgan menos que la cuantía de su cuota? Así se ha admitido por la jurisprudencia¹⁴³: como, por ejemplo la STS de 4.7.1895 (JC T n.º 108)¹⁴⁴ y RDGRN 21.6.2003 (TOL 296.898)¹⁴⁵.

¹⁴⁰ RDGRN 19.5.2012 (TOL 2.570.718).

¹⁴¹ Así RUBIO GARRIDO, p. 6590.

¹⁴² ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 241 y ss.; DÍAZ SOLER, pp. 349 y ss.; CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp. 150 y ss.

¹⁴³ Nos servimos del análisis de la misma hecha por ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 243 y ss.

¹⁴⁴ «Al adjudicar los albaceas a uno solo de los herederos la casa fábrica de cerveza, que constituía más de la mitad del haber hereditario, no infringieron el art. 1061 del Código civil, porque en este caso la igualdad posible de la partición aconsejaba que se adjudicara a uno sólo, con obligación de abonar a los otros coherederos la parte del precio correspondiente al valor total que por todos se ha tenido como justo, pues el repetido inmueble era por su naturaleza indivisible, y no se contrariaba tampoco el principio de la igualdad posible en la adjudicación en común, ya por su índole, ya por la falta de armonía entre los herederos».

¹⁴⁵ «Fallece el titular registral bajo testamento abierto en el que, tras legar a su esposa la cuota legal usufructuaria, lega a tres de sus hijos lo que por legítima estricta les

Pero ello únicamente procede cuando la cosa que se adjudique sea indivisible, como explica con toda claridad la RDGRN 2.12.1964 (RJ 1964\5928): no sería posible en cambio «adjudicar todos los bienes a un heredero y satisfacer a los demás su parte en metálico, porque constituye un acto de enajenación que escapa a la facultad del Contador y requiere el consentimiento de todos los herederos (...) no obstante, es también evidente que los Contadores, al cumplir su misión, deben tener en cuenta las circunstancias y modalidades de la partición, ya que hay casos en que no tiene medio hábil para hacer los lotes ajustados al criterio del art. 1061 del CC por la imposibilidad material de distribuir los pocos bienes hereditarios entre el número grande de herederos, y por ello, el art. 1062, permite, como excepción al artículo anterior, que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, puede ser adjudicada a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, circunstancia que concurre en el presente recurso donde hay una sola y pequeña finca inventariada, que el Contador ha atribuido al mayor partícipe». Así también RDGRN 16.9.2008 (TOL 1.372.370). Por tanto, los contadores-partidores carecen de facultades para adjudicar los bienes hereditarios a uno o varios herederos a cambio de que éstos satisfagan a los demás su haber en metálico, tanto si los herederos destinatarios del metálico son forzosos como si son voluntarios.

La RDGRN 13.5.2003 (TOL 276.668) llegó demasiado lejos en una aplicación muy restrictiva de las normas. Dijo, correctamente,

corresponda y nombra heredera universal a la menor de sus hijas, que no ha alcanzado la mayoría de edad, designando albaceas-contadores partidores solidarios a dos hermanos, con facultades para entrega de legados y pago de las legítimas en metálico. Por uno de los albaceas y el apoderado del cónyuge superviviente –en nombre de éste y de su hija menor– se realizan las operaciones particionales, renunciando esta última a su cuota usufructuaria, por lo que se disuelve la sociedad conyugal, adjudicándose su parte en la misma en metálico a la viuda, y, respecto al caudal hereditario, se adjudican en metálico de la herencia las legítimas, adjudicando de la vivienda del causante (único inmueble de la herencia, que se valora en 7.700.000 pesetas) y el ajuar familiar a la hija designada heredera. Presentadas en el Registro, además de los documentos complementarios, copias del testamento y de la escritura de manifestación de herencia, se suspende la inscripción con la siguiente nota: “Dado que los herederos L., S., y Z. S. A. (los legatarios en pago de legítima) no comparecen en la escritura, debe acreditarse que los mismos están conformes con la adjudicación de la finca en la forma y con la valoración que resulta de la misma, renunciando al derecho establecido en el art. 1062, párrafo segundo, del Código Civil, es decir, a pedir que la finca sea vendida mediante pública subasta, más cuando la tasación para subasta que consta en el Registro y establecida por el causante con fecha 3 de noviembre de 1998, asciende a 11.224.850 pesetas.” 2. Limitándonos por imperativo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria a los defectos estimados por el Registrador, el defecto alegado no puede mantenerse. Como ha dicho doctrina reiterada de esta Dirección General, la partición de herencia hecha por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque éstos sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones, que en el presente caso se respetan, por ser el inmueble adjudicado de carácter indivisible, sin que el Registrador pueda inmiscuirse en la valoración dada a los bienes integrantes del caudal relicto, y sin perjuicio de su impugnación por los interesados».

que el art. 1061 CC, que impone la igualdad en la integración de los lotes de los herederos, y que está referido principalmente a la partición hecha por comisario, ha de tener como excepción el supuesto que contempla el art. 1062 CC, para el caso de cosas indivisibles. Calificó, también correctamente, esta atribución de metálico como simple acto particional, que se encuentra por tanto dentro de las facultades de los contadores partidores. Pero la RDGRN va más allá de lo admisible al decir que el precepto es inaplicable si en la herencia no existe otro bien que el indivisible, porque el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser de la herencia, y en otro caso nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria. En realidad parece más correcto pensar, con la RDGRN 16.9.2008 (TOL 1.372.370), que 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.

h) Cuando hay deudas hereditarias, la partición debe englobar también la liquidación contable, que realizaría el contador-partidor, e incluso determinaría los bienes que se destinan al pago de las deudas y los adjudique a alguno o algunos de los coherederos para que las paguen¹⁴⁶. La jurisprudencia y la doctrina sostienen que dichas asignaciones no se pueden hacer a favor de extraños, salvo expresa autorización del testador, porque se consideran enajenaciones a título oneroso que exceden de las facultades del contador-partidor, (RRDGRN 6.11.1912, JC T. 125, n.º 55; 28.4.1913, JC T. 127, n.º 54; 20.9.1933, RJ 1933/276 bis)¹⁴⁷. Para esta última, las adjudicaciones de bienes hechas en las operaciones particionales de una herencia, se pueden hacer en pago y para pago de deudas, y cabe distinguir también si las deudas han sido contraídas por el causante o por los herederos; así como si la adjudicación se hace a éstos últimos, a los acreedores o a terceras personas. El principio fundamental para que las adjudicaciones se puedan estimar como actos particionales es que las fincas adjudicadas no salgan del poder de los llamados al patrimonio relicto; en cambio si se adjudicaran a un extraño se estaría realizando enajenaciones a título oneroso, por precio debido y compensado, lo que requiere el consentimiento de todos los interesados en la herencia, como requisito esencial para la validez del contrato. La razón que se invoca en la

¹⁴⁶ Así ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 251 y ss.

¹⁴⁷ En este sentido VALLET, pp. 627-628. No comparte el criterio de modo absoluto TOMÁS MARTÍNEZ, Gema. *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*. Dykinson. Madrid, 2000. pp. 146 y ss., pero aporta la referencia a otras muchas Resoluciones y la opinión de los autores.

resolución es que entonces «las adjudicaciones envuelven una modalidad de pago por transferencia de propiedad».

Para Lacruz, no obstante, «la distinción es, acaso, artificiosa. Ciertamente en el primer caso, adjudicándose los bienes en titularidad fiduciaria o mediante un simple mandato, continúan en alguna manera dentro de la masa, adscritos al pago de las deudas, pero, en definitiva, entre su venta por un heredero a quien nombra directamente el comisario (no por todos ni con el consentimiento de todos, que puede faltar), y la venta o dación en pago por el comisario directamente al acreedor, apenas hay diferencia en el plano económico»¹⁴⁸. Quizá se deba aceptar que una adjudicación en pago de deudas es, efectivamente, un acto de enajenación; en cambio no lo parece la adjudicación en comisión o encargo, es decir, la adjudicación para pago¹⁴⁹. Para algún autor, que reconoce la utilidad de la operación, la atribución de bienes parece criticable pues presupone titularidad o poder de disposición sobre los bienes, y el contador-partidor carece de esas facultades¹⁵⁰.

Las razones para entender que no existen en el contador-partidor estas facultades parecen claras: si no se le han encomendado por el testador hay que acudir a las reglas que en el Código se refieren a los albaceas y a otros supuestos de administración de herencia. En este sentido encontramos que los arts. 902 y 903 CC no prevén la posibilidad de enajenar bienes para el pago de deudas más que en relación con los gastos de funeral y con los legados, y aun entonces deben intervenir los coherederos. Por su lado, el art. 1030 CC, en el caso del beneficio de inventario señala que «Cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en el párrafo segundo del número 2.º del artículo 1024 de este Código, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa». Y el art. 803 LEC señala que el administrador de herencia (y el contador-partidor ni siquiera lo es) no podrá enajenar ni gravar los bienes inventariados salvo los que puedan deteriorarse, los que sean de difícil y costosa conservación, los frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas, los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas, o para cubrir otras atenciones de la administración de la herencia. Pero para ello se requerirá que el tribunal, mediante providencia, decreto, a propuesta del administrador, y oyendo a los interesados a que se refiere el apartado 3 del art. 793 LEC, la venta

¹⁴⁸ LACRUZ, I. 1971, p. 246.

¹⁴⁹ Así, TOMÁS MARTÍNEZ, pp. 149-150: muy crítica con la existencia de estas facultades a cargo del contador-partidor: CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp.262 y ss.

¹⁵⁰ CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1741.

de cualesquiera de dichos bienes, que se verificará en pública subasta conforme a lo establecido en la legislación notarial o en procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Nótese, de nuevo, que el pago de deudas no está entre las facultades legales del contador-partidor, salvo expresa concesión en testamento que faltaría habitualmente en el contador-partidor dativo.

i) ¿Cabe que el contador por sí mismo rectifique o complemente la partición que había realizado anteriormente? En principio, las facultades de todo contador-partidor quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales, por lo que posteriormente no puede modificarla, por su exclusiva y unilateral decisión¹⁵¹. No obstante, la jurisprudencia suele enlazar esta afirmación con otra: el cese del contador-partidor procede cuando la partición inicialmente practicada ha sido aceptada por los herederos interesados, y, en consecuencia, sí cabe la nueva partición contando con el consentimiento de los mismos (STS 25.4.1994, TOL 1.665.393)¹⁵².

Cosa diferente puede ser la partición incompleta; por eso la STS 3.1.1962 (RJ 1962\265) admitió una partición complementaria otorgada por el contador, basándose en que la primera partición era incompleta y así era reconocido por todos los interesados. En este sentido: pese a que «es cierto que las funciones del Comisario Contador cesan cuando se dan por ultimadas las operaciones de la testamentaria, (...) esta doctrina no puede ser de aplicación al caso presente, pues al protocolizarse el primer cuaderno particional (...), no resulta que se dieran por terminadas las operaciones divisorias, ya que (...) el Comisario Contador ante la incomparecencia de la demandada recurrente se limitó a protocolizar el cuaderno particio-

¹⁵¹ En este sentido RRDGRN 29.11.1911 (JC T 122 n.º 143): «cuando los herederos entran en posesión de los bienes hereditarios cesan en sus funciones los albaceas (...) es indudable que tanto por esta circunstancia cuanto por haber transcurrido el plazo que fija el art. 901 del Código civil, carecían dichos contadores de personalidad para representar la herencia, y de facultades para practicar nuevas operaciones particionales referentes a la misma, pasando éstas a los herederos»; y 28.3.1944 (RJ 1944/519). Y la muy reciente STS 5.1.2012 (TOL 2.395.218) «los albaceas contadores partidores nombrados en el testamento que rigió la sucesión del causante acabaron su función en el momento en que entregaron el cuaderno particional e hicieron entrega a las herederas de los bienes relictos. El desacuerdo entre las herederas y la legitimaria no rescueta la función de los albaceas, por lo que la demanda debía ser desestimada en relación a ellos, como así ocurrió, al haber acabado ya su función».

¹⁵² En la STS 14.2.1952 (RJ 1952\1208), se indicó, en este mismo sentido, que «la aprobación por los interesados de las operaciones particionales y la incorporación a su patrimonio de los bienes de la herencia, ponen fin a la testamentaria y al albaceazgo, y al cesar los albaceas, por este modo normal, en su cargo quedan desprovistos de la personalidad que durante el mismo tenían para accionar con aquel carácter, sin que les sea lícito practicar nuevas operaciones que modifiquen o sustituyan las ya aprobadas, aunque hayan incurrido en éstas en errores de valoración, omisiones de bienes o adjudicación indebida, cuya enmienda, como el ejercicio de las acciones que de ella se deriven, corresponde a los herederos».

nal en la forma convenida en sus extremos fundamentales, sin incluir otros bienes de valor desconocido, y la misma recurrente confiesa que en ese cuaderno se omitieron otros bienes, como ganados, valores y moneda extranjera, “cuya pertenencia al caudal –se afirma por la demandada en su escrito de contestación– era perfectamente conocida de los interesados en la testamentaría y del Contador”, lo que aparece asimismo reconocido por éste al declarar como testigo, añadiendo que por la incomparecencia del marido de la demandada decidió firmar la escritura particional en lo fundamental por haber existido acuerdo en ello y pedir una prórroga a los interesados presentes, para poder adicionar después la partición con los valores y la distribución del ganado; extremo que corrobora igualmente la prórroga otorgada al Comisario el 11 del mismo mes, aunque en la escritura respectiva se aludiera simplemente a la posible existencia de otros bienes, lo que la propia demandada, afirma en su referido escrito de contestación que “sólo constituía un cortés eufemismo”; quedando así demostrado que las operaciones divisorias no se dieron por ultimadas; sin que exista ningún precepto legal que prohíba esa partición complementaria, (...) cuando no puede entenderse que la intención del otorgante y la mayoría de los interesados presentes fuera la de dejar definitivamente ultimada la testamentaría por la primeramente practicada, y la adicionada, se llevó a efecto dentro del plazo de la prórroga deliberadamente concedida, según se desprende de lo expuesto y de lo declarado en la sentencia recurrida, aunque la escritura otorgándola y que el Notario califica de “ratificación de prórroga” se formalizara tres días después»¹⁵³.

De la jurisprudencia expuesta se sigue que el Tribunal Supremo rechaza la posibilidad de que el contador rectifique la partición hecha por él mismo porque una vez acabado el plazo, el contador no tiene ya el cargo ni, por tanto, sus facultades. Por eso realizar una partición, aun defectuosa, es causa de cese en su cargo, que impide volver a actuar al contador-partidor, y deja la solución del problema a los coherederos. En cambio, si se ha hecho la partición como provisional, o con reserva de la rectificación, y estando en plazo todavía, entonces cabría que el contador-partidor rectificara.

¹⁵³ PÉREZ RAMOS, pp. 719-720: «el hecho determinante de la finalización del cargo del contador-partidor no es el otorgamiento del cuaderno particional sino la conclusión de la partición, y ésta no puede considerarse concluida mientras existan bienes que repartir. Lo que pasa es que el problema no es tanto la idea de que el contador-partidor no puede otorgar escritura de adición de herencia porque ha cesado en su cargo al cumplir íntegramente sus facultades, sino que no puede ejecutar dicha adición –lo que por otro lado supondría dar cumplimiento por entero su encargo– por haber transcurrido el plazo para ello. Por lo que la clave no está en si el comisario ha agotado o no sus facultades por haber culminado la partición, sino que éstas se han extinguido por no ejecutarlas en plazo».

Se debe dar un paso más porque la misión del contador es partir toda la herencia, luego si la partición que se hizo no es completa, debería poder completarse, aunque el contador, al partir, no se haya reservado facultad para ello¹⁵⁴. Obviamente, si las facultades del contador-partidor testamentario o dativo hubieran cesado, cabe el nombramiento de un nuevo contador-partidor, que en este caso será dativo necesariamente. Por eso, es probable que toda esta cuestión se resuelva más simplemente en el caso del cese del contador-partidor dativo que en el del cese del contador-partidor testamentario: simplemente promoviendo un nuevo nombramiento, antes que arriesgarse a que lo realizado por el antiguo pueda ser impugnado.

j) Entrega de legados. El art. 81 RH establece que para inscribir a favor del legatario los inmuebles específicamente legados se requerirá la escritura de partición de la herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizada por el contador-partidor en la que se asigne al legatario el inmueble o inmuebles legados. Otra posibilidad sería inscribir la escritura de entrega otorgada por el legatario y el contador-partidor o el albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos. La solución de la norma se ha prestado a discusión doctrinal sobre todo por apartarse aparentemente de la letra del art. 885 CC que no prevé la entrega del legado por el contador-partidor, sino solamente por los herederos o por el albacea. No obstante, atendidas las finalidades de la exigencia de que el legado sea entregado por estas personas y que no se pueda tomar por sí mismo por el propio legatario, que no es otra que la protección de las legítimas y de los acreedores de la herencia, entendemos que la interpretación que ha realizado el reglamento es acorde con las finalidades del sistema legal, y no se puede entender contrario al mismo¹⁵⁵. En cambio, no está facultado el contador-partidor para apreciar si la condición impuesta al legatario se ha cumplido o no: así RDGRN 29.1.2013 (TOL 3.058.646) o para considerar que el legado se debe entender revocado: RDGRN 26.2.2003 (TOL 268.190), ya citada más arriba.

k) ¿Puede imponer el contador-partidor el pago en metálico de la legítima? Parte de la doctrina ha sostenido que el art. 841.2 CC autorizaría por ley al contador-partidor dativo para realizar el pago en metálico, aunque no hubiera orden del causante; la SAP Ciudad Real 29.9.2003 (JUR 2004/48042), lo afirma respecto a un contador-partidor nombrado por acuerdo entre los interesados¹⁵⁶.

¹⁵⁴ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 271; parecidamente ABELLA RUBIO, p. 206.

¹⁵⁵ En este sentido CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, p. 235.

¹⁵⁶ Sobre la materia puede verse GONZÁLEZ ACEBES, pp. 325 y ss. y PÉREZ RAMOS, pp. 772 y ss.

No obstante, esta norma dice que el contador-partidor dativo se encuentra facultado para realizar el pago en metálico en el «mismo supuesto del párrafo anterior», y éste exige la expresa orden del testador. Por eso parece exigible la voluntad expresa del causante, pese a que, en los supuestos en que procede el nombramiento de contador partidor dativo, sea infrecuente que exista dicha manifestación de voluntad. Otros no consideran precisa esa voluntad del testador, pero sí que el Juez, hoy, por tanto el Secretario judicial o el Notario, autorice al contador-partidor para realizar las atribuciones en metálico¹⁵⁷, y ello a petición de los legitimados para solicitar del juez el nombramiento contador-partidor dativo. Se alega a favor de esta última opinión que el art. 80,2 b) RH menciona la posibilidad de que exista un «documento público acreditativo de haberse conferido al contador partidor dativo tal facultad», frase que parecería permitir que la autorización al contador partidor dativo no constara en el testamento. Sin embargo, el apoyo que este otro texto pueda ofrecer es muy débil: se trata de una simple norma reglamentaria que no puede prevalecer contra el tenor de la Ley, sino más bien interpretarse conforme a la misma. Además, el RH no dice de quien debe provenir el documento al que se refiere, por lo que podría tratarse de un documento del propio causante, o de todos los hijos o descendientes a los que la conmutación pudiera afectar. En suma, el precepto reglamentario tampoco indica que nadie, fuera del testador, pueda atribuir al contador partidor dativo la facultad de pago en metálico de la legítima.

La tramitación de la reforma del CC de 1981 apoya nuestra interpretación: el párrafo segundo del art. 841 CC se introdujo en el texto legal tras haber sido modificado el Proyecto, que inicialmente contemplaba la concurrencia de hijos de distinta clase de filiación. No obstante, con posterioridad, el Congreso añadió un párrafo que resultaba inconsecuente con la nueva filosofía del precepto: «También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto *de concurrencia de hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos* al contador partidor dativo a que se refiere el artículo 1057 del CC». Advertida la grave incoherencia, la frase subrayada fue corregida, de modo irregular, es decir fuera del trámite parlamentario (pero pasó a la versión publicada por el BOC y por el BOE), con base en el texto de una enmienda que no había llegado a prosperar en el Senado (enmienda 45 del Grupo parlamentario de UCD: «También corresponderá la facultad de pago en metálico, en el mismo supuesto del artículo anterior, al contador partidor dativo a que se refiere el art. 1057 de este Cód-

¹⁵⁷ ABELLA RUBIO, p. 210.

go»). La enmienda se había justificado del siguiente modo: «El tenor del proyecto parece dejar abierta la posibilidad de que cuando el contador partidador sea dativo, pueda ejercer la facultad de pago en metálico sin existir autorización del testador a tal efecto. La redacción propuesta en esta enmienda cierra el camino a esta eventual interpretación, a la vez que elimina la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales». Queda, pues, fuera de duda cuál es el sentido que se le quiso dar a la remisión al párrafo primero en dicha enmienda que, si bien no prosperó, presumiblemente fue la que motivó el irregular cambio de redacción del precepto definitivamente publicado.

Por otro lado, si se admitieran dos criterios diferentes para los casos contemplados en los párrafos primero y segundo se introduciría un desequilibrio muy difícil de explicar. En efecto, no tiene sentido que el contador partidador testamentario precise la expresa autorización del causante, y que el dativo no. Los supuestos no son tan distintos como para merecer esta diversidad de tratamiento. A identidad o similitud en el supuesto de hecho, debe corresponder una regulación similar.

Además, en el sistema del Código, la intangibilidad cuantitativa de la legítima que supone el pago en metálico de las legítimas sólo se excepciona cuando se cuenta con una expresa manifestación de voluntad del causante. Así sucede en los arts. 808.3, 821, 829, 1056.2 CC y, en general, en los demás supuestos de los arts. 841 y ss. CC. Quizá la intangibilidad de la legítima no se estime defendible llevada a sus últimas consecuencias y se podría dudar de la conveniencia de la obligatoria percepción de las cuotas *in natura* en algunos casos. Así se puede pensar que es una mala solución la del párrafo segundo del art. 1062 CC para los casos de objetiva indivisibilidad de las cosas o desmerecimiento de su valor. Entonces parecería conveniente dotar a los contadores partidadores testamentarios y dativos de la facultad de obligar a los herederos a recibir dinero en lugar de bienes. Pero si se opinara así, forzoso sería establecer un sistema general y no destruir la coherencia del Código para dar esta facultad a un tipo de contador-partidador y no a otro. No parece que la finalidad de la reforma que creó la figura del contador-partidador dativo pretendiera introducir una novedad tal radical en el sistema de legítimas. Más bien se trataba, como suele indicar la común doctrina, de moderar la exigencia de la unanimidad en la partición practicada por los herederos, y facilitar un cauce diferente a los juicios universales para conseguir llegar a partir la herencia. Nombrar a un contador partidador dativo imparcial, a través de las normas procesales de nombramiento de peritos, hace la par-

tición incluso más fluida que el sistema de partición por mayoría de los coherederos.

Debe tenerse en cuenta que no es contador-partidor dativo el nombrado en un procedimiento de división de herencia: SAP Madrid 16.11.2004 (JUR 2005/46511); y no lo es tampoco el nombrado de mutuo acuerdo por los herederos, pese a lo que diga la SAP Ciudad Real 29.9.2003 (JUR 2004/48042), con independencia de que en este caso los herederos puedan autorizar al contador-partidor a realizar atribuciones en metálico.

10. APROBACIÓN DE LA PARTICIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA MISMA

A diferencia de la partición que realiza el contador-partidor testamentario, la practicada por el contador-partidor dativo «requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios». A tenor del art. 66.1.d) LN «el Notario autorizará escritura pública: (...) d) Para la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios»; similar redacción contiene el art. 92.1.c) LJV, para el caso del expediente ante el Secretario judicial. Por tanto, a tenor de la letra de ambos preceptos, resulta necesario intentar antes la aprobación por parte de los herederos y legatarios¹⁵⁸.

La referencia a los legatarios hay que entenderla hecha a los que sean de parte alícuota¹⁵⁹; naturalmente habrá que tener en cuenta que los legitimarios deben también consentir, aunque hayan percibido la legítima mediante donación o legado de cosa cierta, pues tienen un interés directo en el inventario y el avalúo que son operaciones particionales que condicionan de modo absoluto la suficiencia de esas atribuciones recibidas. Es perfectamente trasladable a esta materia la idea de que, a falta del contador-partidor testamentario, se impone «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 el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima» (RDGRN 16.10.2015, TOL 5.542.561). Intervención que, en este supuesto de la partición hecha por el contador-partidor dativo, se

¹⁵⁸ En este sentido PÉREZ RAMOS, p. 781, allí otras referencias.

¹⁵⁹ PUIG FERRIOL, p. 686; PÉREZ RAMOS, pp. 781 y ss.

concreta precisamente en su consentimiento, porque en este tipo de partición se requiere el de los coherederos.

El consentimiento prestado a la partición por los propios herederos la convierte, e nuestro juicio, en contractual¹⁶⁰. En cuanto a los aspectos a los que debe referirse el examen del Secretario judicial o del Notario, pensamos que hay que estar con el criterio, del AAP Ciudad Real 12.11.2001 (TOL 134.485)¹⁶¹: comprobar si las operaciones particionales efectuadas se mantienen dentro de las reglas que gobiernan la partición hereditaria, a tenor de la concreta composición del caudal relicto, así como si los lotes de cada coheredero respetan las disposiciones testamentarias. La aprobación del Secretario judicial o del Notario suponen más bien un control negativo, «pues la partición hecha por el contador regularmente nombrado es válida *ex nunc*, desde que se realiza, pues no es un proyecto de partición lo que se presenta sino un partición consumada, si bien queda supeditada su perfección y plena eficacia a la autorización o aprobación, mas esta, por su carácter limitado, no purifica los vicios o defectos que puedan concurrir en la operación divisoria, ni consume, ni aborta las acciones de impugnación, de nulidad, de rescisión de complemento. Que el coheredero agraviado desee ejercitar. En definitiva, al igual que pretendió el proyecto de 1851, se trata con este procedimiento de salir de manera rápida y sencilla de la indivisión, evitando la dilación y coste de los juicios sucesorios, sin perjuicio de las acciones de impugnación. Con ello se cesa “de momento” en la comunidad, quedando a salvo el recurso al juicio ordinario»¹⁶². Así también SAP Pontevedra 1.4.2014 (TOL 4.489.583), que cita AAP Pontevedra 10.10.2011 (TOL 3.540.631): «el Auto del Juez que decide sobre la aprobación de las operaciones particionales solo puede enjuiciar la concurrencia de los presupuestos habilitantes del nombramiento, la regularidad del procedimiento y el mantenimiento del contador dentro del ámbito de sus facultades, esto es, la no extralimitación en el ejercicio de su función»¹⁶³. En este sentido, pensamos que el responsable del expediente debe comprobar que se ha dado traslado de la partición modo suficiente a los interesados a los efectos de que puedan prestar su consentimiento¹⁶⁴.

¹⁶⁰ GARCÍA-RIPOLL, p. 1997. En contra, PUIG FERRIOL, p. 687; ABELLA RUBIO, p. 211; GONZÁLEZ ACEBES, pp. 445-446.

¹⁶¹ Y en la doctrina, GONZÁLEZ ACEBES, p. 453.

¹⁶² De acuerdo CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1742.

¹⁶³ Y SSAP Cádiz 2.6.2010 (TOL 2.666.568) y Málaga 16.1.2009 (TOL 1.557.691).

¹⁶⁴ En contra PÉREZ RAMOS, p. 788. «debe bastar con que el contador-partidor dativo manifieste ante el Notario que conoce del expediente de la aprobación de la partición que no todos los herederos o legatarios la han confirmado».

No obstante, hay autores que se cuestionan si el examen por el Secretario judicial o el Notario debe ser más profundo¹⁶⁵. Algún fundamento podría encontrarse para ello en la SAP Segovia 15.10.2004 (TOL 534.331): «salvo acuerdo de todas las partes, es el juez el que debe proceder a la aprobación de dicha partición, pudiendo realizar lógicamente las correcciones precisas o las exclusiones necesarias». Naturalmente nada se opone a que la partición no sea aprobada¹⁶⁶.

Las causas que pueden motivar la impugnación de la partición son: no ajustarse a lo manifestado por el testador en su testamento; incumplir alguno de los requisitos de la partición del contador-partidor dativo o de la tramitación del expediente; valorar mal los bienes, cuando la discrepancia sea superior a una cuarta parte del valor los bienes adjudicados (rescisión por lesión del artículo 1074 CC), o, siendo incluso inferior, haya perjudicado la legítima; incapacidad, inhabilidad del contador-partidor o ejecución de la partición realizada fuera de plazo; causas todas ellas que quedan sanadas si todos los interesados consienten la partición, la confirman o renuncian a la acción de impugnación. La simple omisión de alguno o algunos objetos de la herencia solo da lugar a que la partición se complete o adicione con los objetos omitidos (art. 1079 CC)¹⁶⁷.

El art. 22.2 LJV, afirma, en su última parte que, caso de ser inscribible la partición, «la calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Secretario judicial, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro». La norma, al menos en nuestro caso, debe ser completada, como ya hemos mencionado de pasada: la calificación del Registrador necesariamente deberá tener también en cuenta el testamento, ya que forma parte de la titulación exigida para realizar la inscripción (art. 14 LH).

11. RENDICIÓN DE CUENTAS, RESPONSABILIDAD, RETRIBUCIÓN Y GASTOS DEL CONTADOR PARTIDOR

El art. 907 CC impone al albacea la rendición de cuentas y dicha obligación alcanza asimismo al contador-partidor, si bien es

¹⁶⁵ *Vid.* las interesantes consideraciones que dedica a la cuestión PÉREZ RAMOS, pp. 794 y ss.

¹⁶⁶ Nos remitimos, de nuevo, a la exposición que realiza PÉREZ RAMOS, p. 798.

¹⁶⁷ Para todo ello: PÉREZ RAMOS, pp. 802-803.

la realización de la partición la que constituye su rendición de cuentas¹⁶⁸. Así lo afirman las SSTs 31.3.1915 (JC T 132 n.º 154)¹⁶⁹ y 11.4.1967 (RJ 1967\2207): «la práctica de las operaciones particionales constituye el modo más adecuado que los albaceas tienen de “dar cuenta” del encargo que el testador les ha conferido».

En cuanto a la responsabilidad del contador, hay que partir de que una vez que el contador-partidor haya aceptado su cargo. «se constituye en la obligación de desempeñarlo»; obligación que deriva del tenor literal del art. 899 CC que sería aplicable aquí. Este precepto deja también sentada la posibilidad de renunciar posteriormente al ejercicio del cargo por justa causa. Por tanto la principal responsabilidad que se le puede exigir al contador será la derivada de hacer una partición defectuosa (por ejemplo en la valoración de los bienes o en su adjudicación) o de no hacerla. Para reclamar por ello estarán legitimados los coherederos que sufren el daño. La acción de responsabilidad prescribirá por el transcurso de cinco años a contar desde que se realizó la partición o terminó el plazo de que disponía el contador para hacerla, sin haberla hecho (art. 1964.2 CC)¹⁷⁰.

La STS 30.3.2004 (TOL 365.400) ha afirmado que para pedir responsabilidad civil al contador-partidor es necesario que los herederos hayan agotado las acciones de rescisión y nulidad de las operaciones particionales, o las de modificación o adición o complemento. Y se argumenta que, al existir intereses contradictorios, el contador-partidor vendría a ser un juez extraprocesal que dirime la controversia, por lo que se le aplica el mismo régimen que concurre cuando a los jueces se les exige responsabilidad civil por dolo o culpa; es decir, hay que esperar a que la resolución sea firme para poder reclamar la responsabilidad. La solución nos resulta adecuada: es difícil pretender el resarcimiento de un daño sin haber empleado los remedios que el ordenamiento prevé para minimizarlo o excluirlo. En todo caso, además, habría que distinguir «las incorrecciones en la partición realizada, de los casos de dolo o culpa, que son exigibles por la vía de los arts. 1101, 1104 y 1726 C.c., precisándose en ellos de la debida acreditación de los daños y

¹⁶⁸ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 275; ABELLA RUBIO, p. 194.

¹⁶⁹ «Toda partición supone previo inventario, a la vez que el conocimiento del valor exacto de los bienes que lo forman, la subsiguiente liquidación que reconoce por base deducciones legítimas, tales como las deudas contra el caudal hereditario, pago de legados, división y adjudicación entre los herederos claro se ve que este conjunto de operaciones habrán podido ser, y acaso sean, objeto de impugnación legal, reparadora de agravios inferidos, pero no motivo serio en que fundarse para desconocer que ellas constituyen el medio más adecuado que los albaceas tienen de dar cuenta del encargo que la testadora les ha conferido».

¹⁷⁰ Seguimos de nuevo a ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 276 y GONZÁLEZ ACEBES, pp. 262-263.

perjuicios causados» (para esto último STS 10.11.1988, TOL 1.733.592). Salvado, en este último pronunciamiento, el hecho de que no pueda alegarse el 1726 CC para aplicarlo a un contador-partidor dativo, nos parece que nada cambia para este caso de lo que es regla general para el contador-partidor.

El albaceazgo es un cargo gratuito (art. 908 CC), lo que provoca la duda acerca de si lo es el de contador-partidor¹⁷¹. De la jurisprudencia se deduce que la norma que establece que el contador-partidor tiene derecho a cobrar, solamente se puede aplicar cuando se le encomendó la partición por ser un profesional, no simplemente cuando se acudió a él como persona de confianza. Así, lo declaró la STS 24.2.1905 (JC T100, n.º 70): «quien acepta el cargo en las condiciones de confianza que supone un nombramiento o designación de esta índole no puede alegar derecho alguno para pedir retribución por los trabajos que, en consecuencia, haya tenido que practicar, sin que a esto se oponga el precepto del art. 908, en cuanto reserva a los Contadores el derecho que les *asista* para cobrar lo que les *corresponda* por los trabajos de partición u otros facultativos, pues armonizando las disposiciones legales citadas [arts. 898 908 y 1711 CC], esto sólo puede entenderse cuando la razón de la designación para el referido cargo haya sido, no sólo la confianza que inspire al testador la persona nombrada, sino su pericia, fundada en un título profesional o en su práctica, por constituir en uno y otro supuesto la ocupación habitual del albacea o Contador en el desempeño de esta clase de servicios, como preceptúa el mencionado artículo 1711 en su párrafo segundo.»¹⁷² Ahora bien, no debe haber duda de que al contador-partidor dativo se le debe retribución, precisamente porque se le designa como experto en la materia¹⁷³.

Al contador voluntariamente nombrado, se le deben indemnizar los gastos y daños que le ocasione realizar su encargo, y se puede argumentar esta solución en la analogía con la que procede en el mandato (art. 1729 CC), según interpreta la jurisprudencia y la doctrina¹⁷⁴. Igualmente, se debe entender que el contador no puede ser obligado a adelantar esos gastos empleando para ello su propio patrimonio (arg. art. 1728.1 CC)¹⁷⁵. Es obvio que la analogía con el mandato puede funcionar en el caso del contador-partidor nombra-

¹⁷¹ ABELLA RUBIO, p. 195; ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 277; RIVAS MARTÍNEZ, III, p. 2601; DE LA CÁMARA, p. 2487; MANRESA, pp. 738-739.

¹⁷² Doctrina en la que insisten las SSTs 14.1.1913 (JC T 126, n.º 19) y 23.5.1958 (RJ 1958/1750).

¹⁷³ Así PUIG FERRIOL, pp. 674-675; GONZÁLEZ ACEBES, pp. 226-227.

¹⁷⁴ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 284; ABELLA RUBIO, p. 196; GONZÁLEZ ACEBES, pp. 249-250.

¹⁷⁵ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 285; GONZÁLEZ ACEBES, p. 250.

do por el causante; no, en cambio, en el dativo. Si la misma solución existe en nuestro caso es por razón de la conexión efectuada por el legislador entre ambas figuras de contador-partidor, que recomienda que tengan las mismas facultades.

Finalmente, al contador-partidor no se le deben reembolsar aquellos gastos realizados extralimitándose de sus funciones, con temeridad y mala fe, dando lugar a una partición declarada nula (STS 29.5.1965, RJ 1965/3174)¹⁷⁶. En la doctrina se ha planteado si el reintegro de los gastos procede también cuando el cargo es retribuido, pues entonces cabe pensar que la retribución tiene como una de sus funciones cubrir los gastos usuales u ordinarios¹⁷⁷. Nos parece que estaremos ante una cuestión que deberá resolverse según la naturaleza del gasto, los usos y las circunstancias del caso.

12. LA CITACIÓN DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS COHEREDEROS SUJETOS A PATRIA POTESTAD, TUTELA O CURATELA

El párrafo tercero del art. 1057 CC establece que, cuando entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela o curatela, el contador-partidor deberá inventariar los bienes de la herencia con citación de sus representantes legales o curadores. La nueva redacción de la norma puede resolver algunas de las dificultades interpretativas que el precepto presentaba con anterioridad, si bien no ha corregido algunas otras deficiencias evidentes. El único cambio que se ha producido ha sido el siguiente: donde antes se hablaba de coheredero «sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas», hoy se dice «sujeto a patria potestad, tutela, o curatela».

Con la redacción anterior quedaba claro que la citación, en los casos de curatela, solamente procedía si la misma obedecía a un supuesto de incapacidad o de prodigalidad; por lo que quedaban excluidos dos casos: el de los emancipados cuyos padres fallecieron o quedarán impedidos para el ejercicio de la asistencia prevista por la Ley, y el de los menores bajo tutela que obtuvieren el beneficio de la mayor edad¹⁷⁸. De alguna manera parecía deducirse que en esos supuestos no era necesaria la intervención del curador, porque los emancipados tenían capacidad para realizar la partición por sí mismos. La redacción hoy vigente extiende la citación a los

¹⁷⁶ ASÍ ABELLA RUBIO, p. 197; GONZÁLEZ ACEBES, p. 254.

¹⁷⁷ ALBALADEJO/DÍAZ ALABARI, p. 285; GONZÁLEZ ACEBES, pp. 253-254.

¹⁷⁸ ABELLA RUBIO, p. 212; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, p. 461.

curadores de los menores emancipados, lo que suscita la duda de si la práctica de la partición en que está implicado un emancipado requiere o no la asistencia de los padres o del curador; es decir, el problema de la capacidad de los emancipados para realizar la partición. La solución puede ser complicada: según el art. 323 CC «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor» lo que ha inclinado a pensar que el emancipado tiene la capacidad necesaria para hacer la partición, pese a que no tenga libre poder de disposición¹⁷⁹. Si la partición es propiamente tal, parece que el consentimiento del menor emancipado será suficiente, por tratarse de un acto de administración: así, incidentalmente, la STS 16.5.1984 (TOL 1.737.754), y la doctrina tradicional: RRDGRN 28.5.1917 (JC T. 140, n.º 75) y 21.12.1929 (JC T. 191, n.º 185), entre muchas otras. En cambio, si en la partición se incluyera algún acto dispositivo sería necesario el complemento de capacidad¹⁸⁰ que establece el art. 323 CC en cuanto a los inmuebles, los establecimientos mercantiles o industriales y los objetos de extraordinario valor.

En conformidad con esta tesis, una doctrina antigua sostenía que si el coheredero era un menor emancipado no haría falta su citación al inventario¹⁸¹. Pero la STS 16.5.1984 (TOL 1.737.754) había sostenido que, cuando el artículo habla de «menor», abarca también al emancipado, ya que el criterio establecido por el precepto sería un modo de protegerlo también a él; y, por tanto, la citación al inventario es precisa siempre que un coheredero sea menor, aunque esté emancipado. Esta última solución nos parecía bastante dudosa, atendiendo a la letra de la anterior norma, que solamente imponía la citación en los casos de curatela por prodigalidad y enfermedades físicas o psíquicas, pero hoy parece mucho más fácil de admitir a la vista de la reforma del precepto que esta-

¹⁷⁹ VALLET, pp. 121 y ss.: allí referencias. En contra. DE LA CÁMARA, pp. 2477 y 2497: «habría que ponderar si el art. 1058 al hablar de libre administración no ha querido decir lo mismo que el art. 1052, pues la palabra administración puede ser entendida latamente en el sentido de gestión patrimonial sin excluir las enajenaciones y corrobora este criterio que a la palabra "administración" de le agregue el calificativo "libre". 2. Que si bien es cierto que la partición no es una enajenación puede estimarse como un acto de disposición en la medida en que transforma la naturaleza y el objeto del derecho de que se es titular. 3. Que el art. 1058 faculta a los herederos mayores y que tengan la libre administración de sus bienes para que distribuyan los bienes como tengan por conveniente, es decir les otorga un amplio margen de libertad que se compagina mal con el reconocimiento de la plena capacidad del emancipado, pues si se prescinde de la regla de igualdad cualitativa sancionada por el art. 1061, la partición puede resultar un acto de suma gravedad y trascendencia susceptible de causar graves perjuicios a los interesados»; DÍEZ SOTO, pp. 1721-1722 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, p. 449.

¹⁸⁰ ROBLES LATORRE, Pedro, *La partición convencional y su impugnación*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 85-88.

¹⁸¹ En tal sentido, las RRDGRN 7.1.1907 (JC T 106 n.º 9) y 30.1.1911 (JC T 120, n.º 44).

mos comentando. A su vez eso puede significar que la ley considere hoy que el menor emancipado no tiene capacidad para hacer por sí la partición.

La exigencia de citar para la práctica del inventario se refiere literalmente al supuesto de la partición realizada por el testador (ya que se remite al artículo anterior), cuando en ese caso no existe, habitualmente, contador-partidor¹⁸². Incluso se había dudado de la necesidad de la norma, en el caso de que el contador-partidor fuera dativo, porque para ese caso ya se prescribe una citación en el art. 1057.2 CC, y la partición requiere la aprobación del Juez¹⁸³, en la versión derogada, o del Secretario judicial o del Notario, en la redacción vigente. No obstante, no vemos claro que esta crítica se deba aceptar: la citación de la que habla el párrafo segundo del art. 1057 CC se refiere al momento en que se toma en consideración por la autoridad competente la petición de nombramiento de contador-partidor, que es previo a la partición; y, de otra parte, la posterior aprobación de la partición no sule adecuadamente la intervención de esos específicos interesados en la realización de la misma, junto con el contador-partidor dativo. Por tanto, entendemos que la citación es necesaria tanto para la partición realizada por el contador-partidor testamentario como para la hecha por el contador-partidor dativo.

13. CONCLUSIONES

El estudio que ahora llega a su fin pretendía exponer algunas de las claves sobre el escaso arraigo práctico de la figura del contador-partidor dativo, y analizar si la nueva regulación realizada por la LJV las había paliado de algún modo. Podemos asegurar ahora que, a nuestro juicio, las deficiencias normativas de la institución son la explicación de esta poca aplicación práctica de la misma. Esos defectos que se han puesto de manifiesto a lo largo de estas páginas se encuentran tanto en las cuestiones de detalle sobre la disciplina aplicable, como en la filosofía o grandes principios que inspiran esta clase de partición. Comencemos por los aspectos que afectan a los diversos elementos del régimen jurídico.

A lo largo del trabajo hemos advertido que la regulación específica sobre el contador-partidor dativo es muy escueta, pero inclu-

¹⁸² Así la STS 17.12.1988 (RJ 1988\9475). Y RDGRN 6.2.1995 (TOL 223.402) en la que intervenían todos los coherederos para aprobar la partición hecha por el contador-partidor. También DE LA CÁMARA, pp. 2492-2493.

¹⁸³ DE LA CÁMARA, p. 2494.

so en su simplicidad presenta dudas de interpretación muy serias y difícilmente resolubles. En este caso estarían algunas cuestiones tan trascendentales como los requisitos objetivos para la aplicación de la norma, y, sobre todo, la de quiénes pueden solicitar el nombramiento, o cómo se computa el porcentaje de participación requerido normativamente para realizar esa solicitud. Ya en la fase inicial de la vida de la institución, pueden presentarse obstáculos que impidan que la designación del contador-partidor se haga con toda la seguridad requerida; si el sistema pretende dotar a los interesados de una alternativa real a la partición judicial se puede inferir que estos defectos dificultan la consecución del objetivo que se había planteado.

Por otra parte, la escasa regulación hace que el instituto requiera remitirse a la figura del contador-partidor testamentario en aspectos tan importantes como las facultades con las que cuenta el contador-partidor dativo. Esta aplicación de los efectos de la figura del contador-partidor testamentario, no obstante, hemos comprobado que presenta varias dificultades derivadas de una serie de hechos: a) que la remisión se haga a una institución con escasa regulación legal, cuyas facultades dependen más de lo deseable de una profusa jurisprudencia no siempre armónica; b) que, al presentar el contador-partidor dativo una naturaleza jurídica muy diferente a la del contador-partidor testamentario (falta la trascendental relación de confianza con el testador), no siempre es tan claro que los argumentos empleados por la jurisprudencia para integrar el régimen de la figura del contador-partidor testamentario sean válidos en nuestro caso; c) que el testamento no vendrá casi nunca en auxilio del intérprete a la hora de delimitar las competencias o facultades del contador-partidor dativo.

Todo ello, qué duda cabe, dificulta aplicar la figura, pero, además, el control cualificado sobre el ejercicio por el contador-partidor de sus facultades particionales debe ser más intenso y riguroso en el caso del contador-partidor dativo que en el del contador-partidor testamentario. Es obvio que existe un primer control que es exclusivo de la partición realizada por el contador-partidor dativo, y no existe en la partición realizada por el contador-partidor testamentario: nos referimos al control notarial o del Secretario judicial de cuya importancia no cabe dudar, pero que tiene un alcance que tampoco se encuentra bien definido por las normas; pero, incluso en el control que pueden compartir ambos tipos de partición, que es la calificación registral en los inmuebles, resulta fácil entender que debe tener mayor rigor en el caso de la partición elaborada por un contador-partidor dativo habida cuenta de todos los datos pues-

tos ya de manifiesto: dudas sobre el régimen jurídico, inexistencia de confianza del contador con el testador, falta de voluntad testamentaria. De nuevo, pues, se sitúa nuestra modalidad de partición en desventaja frente a sus alternativas.

Resulta asimismo un mal aliado de la figura, el hecho de que siendo una institución que se ha concebido para desbloquear las particiones difíciles, a causa de la existencia de algún heredero que la obstaculiza, el legislador no haya querido entrar en el problema tan común de la partición simultánea de la sociedad de gananciales y la herencia, que puede ser uno de los casos en los que el bloqueo se produzca. Se ha perdido, así, la oportunidad de dotar al contador-partidor dativo de algún ámbito de actuación en el que pueda mejorar los resultados o expectativas de lograr la partición que cabe esperar del resto de los mecanismos particionales.

Finalmente, probablemente sea en los grandes principios de inspiración de la norma donde su escasa definición o claridad sea más llamativa. Nos parece obvio que si la figura quiere hacerse un hueco propio en el sistema particional debe encontrarlo dentro de la gran bipartición entre las particiones convencionales y las judiciales. Ciertamente existe también un tercer modelo, el representado por la partición hecha o encomendada a otra persona por el causante, y el legislador tenía claro que a esta última clase o tipo quería asimilarse. Quizá no se haya tenido en cuenta, sin embargo, que esta aproximación solamente puede ser un deseo o una tendencia. En la práctica, que haya faltado la voluntad particional directa o indirecta del causante, como es el caso, nos deja ante una única alternativa: la elección entre la partición que concita el acuerdo de los interesados y la partición judicial, en la que ese acuerdo no se puede dar por supuesto y, en muchas ocasiones no existe. Entre esas dos posibilidades, es cierto que cabría otra situación que es frecuente incluso en la práctica: la pasividad de alguno de los interesados; es aquí donde debería buscar acomodo, pues sería su ámbito propio, la partición por el contador-partidor dativo, aunque quizá en la normativa vigente no se haya sabido reflejar esta ubicación sistemática con exactitud. Valga para demostrarlo la desatención de la LJV a los efectos que en esta partición produce la activa oposición de alguno de los interesados. Esta última realidad, unida al trascendental hecho de la evolución del sistema procesal de la partición judicial hacia una mayor simplificación; más intensa como es lógico en las particiones no contradictorias, en las que la intervención judicial puede ser mínima, contribuye también de un modo decisivo al escaso arraigo de la figura del contador-partidor dativo. Nótese que esta última figura, tal como se encuentra regula-

da en la actualidad, no da una respuesta clara a las frecuentes incidencias que se puedan producir, que van desde una partición en la que falta la colaboración de todos, pero no existe oposición, hasta una partición en la que ya se produce una abierta contradicción. En cambio, la partición judicial sí ha sabido armonizar ambas posibilidades en un sistema coherente que gradúa y dosifica la intervención judicial en función de ese dato. Una razón más para no poder augurar al contador-partidor dativo un futuro en el que su protagonismo sea mayor que en el pasado y en la actualidad.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal supremo

STS 8.2.1892 (JC T. 71 n.º 33)
STS 4.7.1895 (JC T n.º 108)
STS 24.2.1905 (JC T100, n.º 70)
STS 24.2.1909 (JC T 113 n.º 104)
STS 14.1.1913 (JC T 126, n.º 19)
STS 31.3.1915 (JC T 132 n.º 154)
STS 1.7.1915 (JC T. 133 n.º 138)
STS 8.5.1926 (JC T. 171 n.º 20)
STS 11.1.1928 (JC T. 180 n.º 38)
STS 10.4.1931 (RJ 1930-1931/2008)
STS 10.1.1934 (RJ 1934\35)
STS 30.3.1949 (RJ 1949/933)
STS 11.1.1950 (RJ 1950/21)
STS 11.2.1952 (RJ 1952\284)
STS 14.2.1952 (RJ 1952\1208)
STS 1.6.1955 (RJ 1955/2378)
STS 23.5.1958 (RJ 1958/1750)
STS 2.3.1959 (RJ 1959/1089)
STS 18.6.1959 (RJ 1959/2507)
STS 28.6.1961 (RJ 1961/2748)
STS 27.11.1961 (RJ 1961\4125)
STS 3.1.1962 (RJ 1962\265)
STS 18.5.1962 (RJ 1962\2753)
STS 2.6.1962 (RJ 1962\2665)
STS 29.5.1965 (RJ 1965/3174)
STS 11.4.1967 (RJ 1967\2207)
STS 27.5.1968 (RJ 1968\2923)
STS 22.1.1969 (RJ 1969\199)

STS 9.2.1970 (ROJ: STS 520/1970 – ECLI: ES: TS:1970:520)
STS 31.3.1970 (TOL 4.284.202)
STS 31.5.1980 (TOL 1.740.410)
STS 18.5.1983 (TOL 1.738.480)
STS 16.5.1984 (TOL 1.737.754)
STS 18.4.1985 (TOL 1.736.587)
STS 20.4.1988 (TOL 1.734.837)
STS 10.11.1988 (TOL 1.733.592)
STS 17.12.1988 (RJ 1988\9475)
STS 29.12.1988 (TOL 1.733.537)
STS 25.4.1994 (TOL 1.665.393)
STS 2.4.1996 (TOL 1.659.365)
STS 22.2.1997 (TOL 215.715)
STS 9.5.1997 (TOL 216.592)
STS 20.9.1999 (TOL 5.120.410)
STS 25.2.2000 (TOL 2.420)
STS 20.2.2002 (RJ 2002\2893)
STS 26.2.2004 (TOL 352.236)
STS 30.3.2004 (TOL 365.400)
STS 14.12.2005 (RJ 2005\10160)
STS 18.5.2006 (TOL 934.885)
STS 12.6.2006 (TOL 961.863)
STS 15.6.2006 (TOL 961.851)
STS 2.4.2008 (TOL 1.354.572)
STS 15.4.2008 (TOL 1.371.330)
STS 29.4.2008 (TOL 1.320.867)
STS 14.7.2008 (TOL 1.347.117)
STS 5.1.2012 (TOL 2.395.218)
STS 18.7.2012 (TOL 2.635.443)
STS 6.5.2013 (TOL 4.061.866)

Audiencias provinciales

AAP Ciudad Real 12.11.2001 (TOL 134.485)
SAP Cantabria 5.4.2002 (JUR 2002\164029)
AAP Madrid 1.6.2002 (TOL 221.512)
AAP Valencia 16.1.2003 (JUR 2003\102014)
SAP Ciudad Real 29.9.2003 (JUR 2004/48042)
SAP Segovia 15.10.2004 (TOL 534.331)
SAP Madrid 16.11.2004 (JUR 2005/46511)
SAP Málaga 16.1.2009 (TOL 1.557.691)
SAP Cádiz 2.6.2010 (TOL 2.666.568)
AAP Pontevedra 10.10.2011 (TOL 3.540.631)
SAP Pontevedra 1.4.2014 (TOL 4.489.583)

Dirección General de los Registros y del Notariado

RDGRN 5.10.1900 (JC T 90 n.º 85)
RDGRN 6.10.1900 (JC T 90 n.º 86)
RDGRN 7.1.1907 (JC T 106 n.º 9)
RDGRN 11.9.1907 (JC T 108 n.º 58)
RDGRN 30.1.1911 (JC T 120. n.º 44)
RDGRN 29.11.1911 (JC T 122 n.º 143)
RDGRN 6.11.1912 (JC T. 125, n.º 55)
RDGRN 28.4.1913 (JC T. 127, n.º 54)
RDGRN 10.6.1916 (JC T. 137 n.º 18)
RDGRN 28.5.1917 (JC T. 140, n.º 75)
RDGRN 16.11.1922 (JC T. 157 n.º 110)
RDGRN 6.3.1923 (JC T. 158 n.º 102)
RDGRN 9.3.1927 (JC T 174, n.º 32)
RDGRN 9.3.1927 (JC T 174, n.º 32)
RDGRN 2.7.1929 (JC T 190 n.º 9)
RDGRN 18.10.1929 (JC T 190 n.º 181)
RDGRN 21.12.1929 (JC T. 191, n.º 185)
RDGRN 12.6.1930 (JC T 195 n.º 32)
RDGRN 29.12.1930 (RJ 1930\1845)
RDGRN 20.9.1933 (RJ 1933/276 bis)
RDGRN 4.11.1935 (RJ 1935/2056)
RDGRN 15.7.1943 (RJ 1943/944)
RDGRN 28.3.1944 (RJ 1944/519)
RDGRN 18.12.1951 (RJ 1951/2758)
RDGRN 30.6.1956 (RJ 1956/2582)
RDGRN 8.2.1957 (RJ 1957/543)
RDGRN 14.9.1964 (RJ 1964\5921)
RDGRN 2.12.1964 (RJ 1964\5928)
RDGRN 14.4.1969 (RJ 1969/4172)
RDGRN 27.2.1982 (RJ 1982\838)
RDGRN 27.12.1982 (RJ 1982\8065)
RDGRN 1.12.1984 (TOL 675.846)
RDGRN 6.2.1995 (TOL 223.402)
RDGRN 26.2.2003 (TOL 268.190)
RDGRN 13.5.2003 (TOL 276.668)
RDGRN 21.6.2003 (TOL 296.898)
RDGRN 20.9.2003 (TOL 317.375)
RDGRN 2.12.2003 (RJ 2003/2124)
RDGRN 31.3.2005 (RJ 2005/3483)
RDGRN 13.10.2005 (TOL 751.919)
RDGRN 22.3.2007 (TOL 1.042.295)

RDGRN 20.7.2007 (TOL 1.115.857)
 RDGRN 16.9.2008 (TOL 1.372.370)
 RDGRN 14.9.2009 (TOL 1.622.034)
 RDGRN 19.5.2012 (TOL 2.570.718)
 RDGRN 29.1.2013 (TOL 3.058.646)
 RDGRN 19.4.2013 (TOL 3.711.534)
 RDGRN 18.6.2013 (TOL 3.855.038)
 RDGRN 11.7.2013 (TOL 3.920.793)
 RDGRN 11.9.2013 (TOL 3.962.817)
 RDGRN 30.9.2013 (TOL 3.973.295)
 RDGRN 21.5.2014 (TOL 4.440.030)
 RDGRN 27.5.2014 (TOL 4.445.562)
 RDGRN 16.3.2015 (TOL 4.840.376)
 RDGRN 29.6.2015 (TOL 5.421.134)
 RDGRN 13.7.2015 (TOL 5.491.844)
 RDGRN 16.10.2015 (TOL 5.542.561)

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELLA RUBIO, José María: «Partición hecha por el testador», en O'CALLAGHAN (coord.), *La partición de la herencia*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- ALBALADEJO, MANUEL/DÍAZ ALABART, Silvia: *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2.º. Edersa, Madrid, 1989 (Comentario art. 1057.1 y 3).
- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2.º. Edersa, Madrid, 1989 (Comentario art. 1057.2).
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, MARÍA: *La partición judicial*, Comares, Granada, 2007.
- BANACLOCHE PALAO, Julio: *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*, La Ley, Madrid, 2015.
- BOLÁS ALFONSO, Juan: «La partición hecha por contador partidor: cuestiones prácticas», *Revista jurídica del notariado*, n.º 28, 1998, pp. 9-50.
- CADARSO PALAU, Juan: «Artículo 1057», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, II, 1984, pp. 1480-1482.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «Comentarios a los arts. 1057 y 1059», en *Código civil comentado* (dir. Cañizares y otros), II, Civitas, Madrid, 2011.
- *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Civitas, Madrid, 1999.
- COLINA GAREA, Rafael: «La legitimación para promover la división judicial de la herencia. Problemas sustantivos y procesales», *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol* (coord. por Juan Manuel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llari), Vol. 1, Valencia 2006, Tirant lo Blanch, pp. 933-961.
- DE LA CÁMARA, Manuel: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1993, arts. 1051-1081.

- DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos: «De la división de la herencia», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Cordón y otros). Aranzadi, 2011, pp. 930 y ss.
- DÍAZ SOLER, Ángel: *El contador partidor testamentario*, Madrid, 1996.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «Comentario a los arts. 1051 y 1052», en *Código civil comentado* (dir. Cañizares y otros). II. Civitas, Madrid, 2011.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario a los arts. 1051 y 1057», en *Comentarios al Código Civil* (director, Andrés Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010.
- ESCArtÍN IPIÉNS, José Antonio: «El contador partidor dativo. Nota sobre su origen, finalidad, naturaleza, funciones y procedimiento», *Estudios de derecho de sucesiones*. «Liber amicorum» Teodora F. Torres García Domínguez Luelmo /García Rubio (dir.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 405-432.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «De la colación y partición», en *Comentarios al Código Civil* (director Rodrigo Bercovitz), Tomos V y VI, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 7445-7946.
- «Artículo 1057», en *Las modificaciones al Código civil del año 2015* (director Rodrigo Bercovitz), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 991-998.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «Aspectos procesales y civiles del proceso de división de herencia», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González), Vol. 1, Murcia, 2004, Universidad de Murcia, pp. 1995-2020.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia: *La partición judicial: problemas. Viabilidad y legitimación. Posición de los acreedores. Preferencias de cobro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GONZÁLEZ ACEBES, Begoña: *El contador-partidor dativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «La división de la herencia», en *El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 523-589.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Derecho de sucesiones*, I y II, Librería Bosch, Barcelona, 1971 y 1973.
- *Derecho de sucesiones. Parte general*, Librería Bosch, Barcelona, 1961.
- *Elementos de Derecho civil*, V, Librería Bosch, Barcelona, 1988.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 7.ª edición, 2011.
- LETE ACHIRICA, Javier: en *Tratado de derecho de sucesiones* (dir. GETE-ALONSO), II, Civitas, Pamplona, 2011.
- LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón/PÉREZ ESCALONA, Susana: *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- MANRESA, José María: *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, Reus, Madrid, 1987 (7.ª edición revisada por Francisco Bonet Ramón).
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Partición hereditaria: conceptos generales, operaciones particionales y tipos de partición», en PÉREZ ÁLVAREZ (Coord.), *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de sucesiones*, Colex, Madrid, 2013.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, V, 2.º, Edersa, Madrid, 1985.
- NAVARRO CASTRO, Míquel: *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Madrid, 2009.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «La comunidad hereditaria y la partición: sus especies», en O'CALLAGHAN (coord.), *La partición de la herencia*, cit.
- OSTIOS MOTA, M.ª Jesús: «La comunidad hereditaria y la partición: sus especies», en O'CALLAGHAN (coord.), *La partición de la herencia*, cit.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *La herencia y las deudas del causante*, Comares, Granada 2009.
- «El artículo 1082 del Código Civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *ADC*, 2007, pp. 445 y ss.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «Renuncia, prórroga del plazo del albacea y del contador-partidor, nombramiento del contador partidor dativo y aprobación de la participación otorgada por el mismo cuando no exista confirmación expresa de todos los herederos y legatarios», en BARRIO DEL OLMO (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- PUIG FERRIOL, Luis: «El contador-partidor dativo», *ADC*, 1988, pp. 669 y ss.
- RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones, común y foral*, III, Dykinson, Madrid, 2009.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El usufructo*, Civitas, Navarra, 2010
- ROBLES LATORRE, Pedro: *La partición convencional y su impugnación*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «De los albaceas o testamentarios», en *Comentarios al Código Civil* (director Rodrigo Bercovitz), Tomo V, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 6499 y ss.
- SCAEVOLA: *Código civil*, XVIII, Madrid, 1901.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2000.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2.º, Edersa, Madrid, 1989.