

4. AUN EN EL CASO DE QUE SE ADMITA QUE EL ALBACEA CONTADOR-PARTIDOR TIENE FACULTADES LEGALES PARA LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN, DICHAS FACULTADES HAN DE ENTENDERSE MODALIZADAS POR LA FINALIDAD DE CONSEGUIR LA EJECUCIÓN DEL TESTAMENTO Y LIMITADAS POR LA NECESIDAD DE DAR EFECTIVIDAD A LAS DISPOSICIONES DEL TESTADOR.

Resolución de 19 de marzo de 1986 (B. O. del E. de 23 de abril).

I. *Hechos.*—El Notario de Cartagena don Juan Romero-Girón Deleito autorizó, con fecha 24 de mayo de 1983, una escritura de división material o extinción de condominio, verificada mediante la constitución en régimen de propiedad horizontal de un edificio sito en Cartagena, compareciendo en aquélla don José Antonio y don Juan Manuel Luque Torres, como titulares, respectivamente, de un 30 y un 20 por 100 en el edificio común, y don Salvador Jiménez Jiménez, como Albacea y Contador-partidor de don Matías Torres López, representando a la herencia yacente de este causante, que es titular del 50 por 100 restante de dicho edificio común, e interviniendo igualmente en la escritura calificada doña María Torres López, en concepto de legataria de la indicada cuota indivisa del 50 por 100 correspondiente a don Matías Torres López en el indicado edificio, admitiéndose en la escritura calificada que la intervención de esta legataria «no es al objeto de recibir la entrega de su legado, pues, al no haberse practicado aún las operaciones particionales, no se ha acreditado la existencia o no de acreedores que son preferentes a los legatarios, sino que interviene exclusivamente al objeto de consentir la valoración y adjudicación a la herencia de los locales o departamentos». Además, hay que tener en cuenta que en el testamento de don Matías Torres López se ordena, entre otros extremos que no interesan, un legado a favor de su esposa del derecho de habitación del piso cuarto de la casa número 20 de la plaza del Rey, de Cartagena; otro legado de la mitad indivisa de dicha casa, a su hermana María Torres López, e instituye herederos universales a su esposa —que con lo que recibe por el legado y por esta institución quedará pagada por su cuota vidual—, dos hermanas y una serie de sobrinos carnales, y finaliza designando Albacea Contador-partidor de su herencia a don Salvador Jiménez Jiménez, a quien, además, autoriza para efectuar la entrega de legados.

Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con nota del siguiente tenor: «Suspendida la inscripción por el defecto subsanable de faltar el consentimiento de la comunidad de herederos y legatarios del copropietario fallecido, entre ellos su viuda, cuyo legado en pago de legítima del número 5, cláusula 1.ª, del testamento de dicho condueño queda imposibilitado por la actuación del Albacea y Contador-partidor (arts. 1.259, 402, 901 y 1.057 CC; Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1956, 11 de abril de 1967, 9 de febrero de 1970 y 8 de mayo de 1954, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril de 1945, 27 de febrero de 1982 y 14 de septiembre de 1964). Cumplido el artículo 485, c),

del Reglamento Hipotecario.—Cartagena, 17 de septiembre de 1983.—El Registrador (firma ilegible).»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo, alegando: Que el representante de la herencia ha sido designado por el causante como Albacea, Comisario y Contador-partidor, de donde resulta claramente la voluntad del testador de concentrar en una sola persona todas las facultades posibles de un ejecutor testamentario universal; que la extinción del condominio de una finca cuya mitad indivisa pertenece a la herencia es un acto de menor trascendencia económica que la liquidación de la sociedad de gananciales, operación que puede practicar el Contador-partidor junto con el cónyuge viudo; que una situación de herencia yacente no puede impedir que la división material se practique cuando la solicita quien tiene derecho a pedirla; que la herencia yacente, representada por el Contador-partidor, no puede resultar perjudicada, dado que los derechos que el causante ostentaba en la finca han sido objeto de legado y la legataria comparece en la escritura para consentir y aprobar la valoración y división material; que se incorpora a la escritura valoración parcial acreditativa de que la mitad adjudicada a la herencia yacente cubre el 50 por 100 del valor del edificio; que, en todo caso, es aplicable el artículo 405 y los correlativos de la partición de la herencia, de modo que los acreedores, en el hipotético y anómalo supuesto de que tuvieran que dirigirse contra la legataria, no resultan perjudicados por la división, conservando sus derechos contra la totalidad de la finca, que alcanzan incluso a solicitar la impugnación de la división practicada; que en la escritura calificada no se efectúa entrega del legado, sino que se pospone al momento en que, una vez satisfechos los acreedores hereditarios, si los hubiese, pueda efectuarse legalmente; que no es obstáculo el legado a la viuda de un derecho de habitación, pues si lo único que el testador ostentaba es una mitad indivisa de todo el edificio, mal puede legar un derecho de habitación referido a un piso concreto, sobre el que no ostentaba el pleno dominio; que, cualquiera que sea la solución aplicable a esta cuestión, directa o analógicamente, es evidente que el marco de la división material de la finca en *pro indiviso* no es el adecuado para resolverlo; que no puede alegarse que el Albacea Contador-partidor podría practicar la extinción del condominio, pero no la división horizontal, pues se trata de un solo acto, y, en todo caso, queda en pie el argumento fundamental de que a la comunidad de herederos le es indiferente los pisos que se adjudiquen a la herencia, pues, sean cuales sean, pertenecerán a la legataria.

El Registrador informó lo siguiente: Que no cuestiona la posibilidad de practicar la extinción del condominio, sino únicamente la persona o personas facultadas para realizarla en representación o interés de la herencia; que la atribución al caudal relicto de bienes concretos de valor inferior al que tenía su preexistente cuota abstracta es algo que escapa casi totalmente a las posibilidades de la calificación registral, de donde también resulta la importancia de que la extinción de condominio aparezca realizada por las personas plenamente facultadas para ello; que el Albacea Contador-partidor sólo le ha conferido, expresamente, el testador la facultad de entregar legados, sin que entre las facultades legales figure la de representar a la herencia; que las facultades de los albaceas, incluso conferidas por el testador expresamente, no pueden perjudicar las

legítimas ni eliminar la intervención de los legitimarios cuando realicen actos de disposición o gravamen de inmuebles de la herencia, que no puede suplir esta falta de facultades del Albacea Contador-partidor en orden a la extinción del condominio, la intervención de la legataria de la cuota indivisa del edificio, pues no pudiendo tomar por sí posesión de la cosa legada, ni inscribir su legado en el Registro de la Propiedad, tampoco puede intervenir en la extinción del condominio pretendiendo su inscripción en el Registro; que, estando de acuerdo en que el marco de la división material de la finca en proindivisión no es el adecuado para resolver el problema que plantea el legado de habitación, no parece adecuado que, sin realizarse interpretación alguna, y por la vía de los hechos consumados, se impida la eficacia del legado de aquel derecho por la actuación del legatario voluntario gravado y el Albacea.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete dictó auto en el que confirmaba la nota de calificación, reiterando que el Albacea Contador-partidor no está facultado para dividir materialmente la finca en la que una mitad *pro indiviso* corresponde a la herencia.

El Notario recurrente apeló contra el auto presidencial.

La Dirección General confirmó el auto apelado y la nota del Registrador.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 400, 403, 406, 899, 901, 902 y 1.057 del Código Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1954, 25 de enero de 1956 y de febrero de 1970, y las Resoluciones de este Centro de 11 de septiembre de 1907, 28 de abril de 1945, 19 de julio de 1952 y 27 de febrero de 1982.

Primero. La cuestión principal que se plantea es la relativa a las facultades del Albacea Contador-partidor, en orden a la división material de un edificio en el que la comunidad hereditaria tiene una participación indivisa, mediante la constitución en régimen de propiedad horizontal y extinción de comunidad con los restantes copropietarios, así como la adjudicación de pisos y locales en pago de sus cuotas.

Segundo. Al no existir previsión testamentaria acerca de las facultades del Albacea Contador-partidor, salvo la entrega de legados, sólo le corresponderán, además de esto último, las establecidas por la Ley, lo que requiere examinar si el acto realizado se encuentra o no dentro de los que puede realizar por sí solo o si, por el contrario, necesita el consentimiento de los herederos y en particular del cónyuge legítimo.

En orden a lo cual si justamente el acto libremente decidido por el Albacea Contador-partidor va a tener como efecto, convenido por él, que el piso que el testador quería para habitación de su viuda sea adjudicado a otro comunero, no puede entenderse que dicho Albacea Contador-partidor esté facultado, pues, aun en el supuesto mismo de que se considerase que el Contador-partidor, como ocurre en la Ley 340 de la Compilación de Navarra, esté autorizado para la división de la cosa común, siempre las facultades conferidas habrían de entenderse modalizadas por la finalidad de conseguir la ejecución del testamento y, por tanto, limitadas, en todo caso, por la necesidad de dar efectividad a las disposiciones del testador.

III. COMENTARIO.—I. Delimitación previa del contenido de las figuras jurídicas del Albacea y Contador-partidor.

El Albacea.

a) Concepto.

Albacea es la persona encargada por el testador —carga en todo caso testamentario— de realizar su última voluntad y, asimismo, vigilar, en general, el cumplimiento de aquélla.

b) Facultades.

Hay que distinguir:

1.º Facultades voluntarias, es decir, que tienen su origen en la voluntad del testador.

El testador, conforme al artículo 901 del Código Civil, puede conferir al Albacea cualquier facultad que estime oportuna y no sea contraria a lo establecido en las leyes.

Y de las leyes surgen los siguientes límites:

— El carácter personalísimo del testamento, que de ningún modo puede realizar el Albacea.

— El testador no puede otorgar al Albacea más facultades de las que él mismo tiene. Este no tiene potestad, por tanto, para desvirtuar la voluntad del causante (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1980) ni llegar más allá de las posibilidades de ésta.

— El testador no puede, a través del Albacea, perpetuar su persona una vez fallecido.

— Deben quedar siempre a salvo los derechos de los legitimarios.

En consecuencia, hay que entender que el Albacea puede recibir del testador las siguientes facultades:

— Representar a la herencia.

— Poseer los bienes hereditarios.

— Contar y partir. Como señala ALBALADEJO, el Albacea es un Contador-partidor, pues una de las funciones integrantes de la ejecución testamentaria es la de contar y partir el caudal relicto (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XII, vol. II, pág. 217).

— Ser árbitro de los conflictos que pudieran surgir entre los interesados en la sucesión.

— Entregar legados. Aunque teniendo en cuenta que, si hubiera legitimarios, dicha entrega no podrá realizarse sin la previa partición hereditaria, salvo que tales legitimarios prestaren su consentimiento a la entrega (Resolución de la Dirección General de 27 de febrero de 1982).

— Administrar los bienes hipotecarios. Es decir, cobrar créditos, intereses, cancelar hipotecas, etc.

— Enajenar los bienes de la herencia, aunque con dos condicionamientos:

Primero: tal concesión ha de realizarla el testador de manera suficientemente clara (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1947).

Segundo: en la enajenación no será necesaria la intervención de los herederos voluntarios —salvo que el testador dispusiera lo contrario—.

pero sí la de los legitimarios o herederos forzosos (así lo ha determinado la Dirección General en repetidas resoluciones, entre las que cabe destacar las de 19 de julio de 1952 y la de 8 de mayo de 1943; dice esta última: «Considerando... que del contexto de la cláusula discutida, en la cual se emplea el verbo 'vender' sin limitación alguna después de referirse el testador a los bienes relictos, de las amplias facultades conferidas al Albacea Contador-partidor y del carácter universal del título, que abarca los inmuebles como los muebles, se deduce sin duda alguna que don ... se hallaba autorizado para otorgar la escritura de compraventa, sobre todo si se tiene en cuenta que los herederos son mayores de edad y no gozan de la condición de legitimarios...»).

— Segregar, dividir y agrupar bienes hereditarios, así como hacer declaración de obras nuevas sobre ellos. Sin embargo, entiendo que con la limitación a que se refiere precisamente el último considerando de la resolución que comento, es decir, «dar efectividad a las disposiciones del testador».

— Constituir régimen de propiedad horizontal. En mi opinión, dicho acto es claramente dispositivo [argumenta PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, 1982, pág. 247) que se trata de un acto dispositivo, ya que mediante dicho régimen el dominio sobre el edificio queda modificado en cuanto se desintegra en tantos dominios como pisos o locales; a lo que pienso que cabe añadir que la complejidad, cada vez mayor, de los regímenes de propiedad horizontal, con un compromiso grande de obligaciones por parte de los constituyentes, reclama para ellos el grado más riguroso de capacidad], por lo que le será de aplicación lo dicho para la enajenación de bienes.

Y concluyo este punto diciendo que el llamamiento como Albacea universal, sin especificar más o con todas las facultades que tiene el testador, implica la atribución más amplia de posibilidades, conforme y dentro de los límites del artículo 901 del Código Civil.

2.º Facultades legales. Si el testador no atribuye facultades al Albacea, éste tendrá aquellas que determina la Ley, es decir:

— Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador (art. 902, 1).

— Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito de los herederos (art. 902, 2, CC).

— Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él (artículo 902, 3, CC).

— Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes (art. 902, 4, del Código Civil).

— Promover la venta de los bienes muebles —y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos— si no hubiese en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aportaren del suyo (art. 903 CC).

— Vender los bienes de la herencia y distribuir su importe en los términos que establece el artículo 747 del Código Civil, cuando el testador dispusiera de todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas

en beneficio de su alma de modo indeterminado y sin especificar su aplicación.

— Llevar a efecto las disposiciones realizadas por el testador a favor de los pobres en general, dentro de los términos que establece el artículo 749 del Código Civil.

El Contador-partidor.

a) Concepto.

Contador-partidor —o también denominado «Comisario», por el origen histórico de esta figura— es aquella persona a quien el testador, el Juez o los mismos interesados en la herencia encomiendan la partición de ésta.

b) Facultades.

Entre otras, ostenta las siguientes:

- Interpretar el testamento.
- Inventariar los bienes hereditarios.
- Valorarlos.
- Determinar el haber correspondiente a cada interesado.
- Reducir legados.
- Fijar legítimas.
- Colacionar bienes.
- Liquidar la sociedad conyugal juntamente con el cónyuge supérstite.
- Entregar legados, a pesar de que el artículo 885 del Código Civil sólo habla de «heredero o Albacea», pues tal facultad entra dentro de la general de adjudicar bienes de la herencia en pago de derechos hereditarios. No obstante, con las limitaciones vistas para el Albacea.
- Dividir los bienes hereditarios. Creo que puede admitirse esta facultad (así lo hace, respecto a Navarra, la Ley 340 de su Compilación: «... o para intervenir en la división de bienes a los que aquél tuviere derecho»), aunque con las limitaciones que señala el último considerando de esta resolución y que ya he recogido al estudiar las facultades del Albacea.
- Adjudicar bienes en pago de derechos hereditarios.
- Adjudicar bienes para pago de deudas del causante, a alguno o a todos los herederos (Resoluciones de la Dirección General de 29 de abril de 1913 y 20 de septiembre de 1933). Sin embargo, no podrá adjudicar bienes a extraños, tanto en pago como para pago de deudas, pues se trataría de actos de enajenación que van más allá de las simples facultades particionales que ostenta el Contador-partidor; igualmente hay que entender enajenaciones las adjudicaciones en pago de deudas —las admitidas eran «para pago»— realizadas a favor de los herederos.

Y termino este apartado relativo a la delimitación de los campos de actuación del Albacea y del Contador-partidor advirtiéndole que todo ello ha de entenderse sin perjuicio de las especialidades forales, en las que no entro por no afectar al supuesto de que se trata.

II. El Albacea Contador-partidor ante el supuesto planteado.

En dicho supuesto encontramos:

— Una escritura de extinción de la comunidad existente sobre un edificio, verificada mediante la división y constitución del mismo en régimen de propiedad horizontal.

— La citada comunidad romana la integraban: don José Antonio Luque Torres, con una cuota de un 30 por 100; don Juan Manuel Luque Torres, con una cuota de un 20 por 100, y don Matías Torres López —causante de la sucesión—, con una cuota de un 50 por 100.

— En el otorgamiento de la escritura comparecen los dos primeros condóminos, así como don Salvador Jiménez Jiménez, en concepto éste de Albacea Contador-Partidor de don Matías Torres López; comparece, igualmente, doña María Torres López, en concepto de legataria de la indicada cuota indivisa del 50 por 100.

— Interesados en la herencia de don Matías Torres López son los siguientes:

1. La viuda de don Matías Torres López, como heredera universal instituida juntamente con otros, legitimaria respecto a su cuota usufructuaria, y legataria del derecho de habitación del piso cuarto del edificio objeto de la constitución en régimen de propiedad horizontal (el testador establece que el pago de la cuota viudal se hará con lo recibido por la institución de heredero y por el legado).

2. María Torres López, hermana del testador, en concepto de legataria de la cuota del 50 por 100 que correspondía al causante en el edificio que ahora se pretende constituir en régimen de propiedad horizontal.

3. Otros hermanos y primos del testador, que éste también instituyó herederos, y cuyos derechos no afectan al problema planteado.

Respecto a todo lo cual debe tenerse en cuenta:

— Que, como señala la Dirección General, «al no existir previsión testamentaria acerca de las facultades del Albacea Contador-partidor, salvo la de entrega de legados, sólo le corresponderá, además de esto último, las establecidas por la Ley». Y, salvo mejor opinión, entiendo que la Ley no atribuye al Albacea Contador-partidor la posibilidad de dividir y constituir un edificio en régimen de propiedad horizontal (acto de un alcance y trascendencia mucho mayor que la simple división material, como ya expuse anteriormente).

— Que aunque el testador hubiera facultado al Albacea para dicho acto de división horizontal, el cónyuge supérstite, como legitimario que es —y por las razones también anteriormente apuntadas—, debe prestar su consentimiento.

— Que dicho cónyuge viudo, igualmente por su condición de legitimario, debe consentir la entrega de legados efectuada antes de la partición (Resolución de la Dirección General de 27 de febrero de 1982: «Considerando que la facultad concedida al testador en los artículos 858 y 859 del Código Civil para gravar a los herederos forzosos con mandas y legados se halla limitada, cuando existen herederos forzosos, por los artículos 813 y 817 del mismo Cuerpo legal, al disponer que no puede aquél privar de

su legítima a los herederos, sino en los casos expresamente determinados por la Ley, ni imponerle sobre ella gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie, y que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de dichos herederos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fuesen inoficiosas o excesivas... se deduce que 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 artículo 885 del Código Civil, para que aquélla pueda tener lugar debe preceder 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 manifiesten 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»).

— Que, como dice la Dirección General en su último considerando, «si justamente el acto libremente decidido por el Contador-partidor va a tener como efecto, convenido por él, que el piso que el testador quería para habitación de su viuda sea adjudicado a otro comunero, no puede entenderse que el Contador-partidor esté facultado, pues aun en el supuesto mismo de que se considerase que el Contador-partidor, como ocurre en la Ley 340 de la Compilación de Navarra, esté autorizado para la división de la cosa común, siempre las facultades conferidas habrían de entenderse modalizadas por la finalidad de conseguir la ejecución del testamento y, por tanto, limitadas, en todo caso, por la necesidad de dar efectividad a las disposiciones del testador».

IV. CONCLUSIONES.—1.ª Entre las facultades legales del Albacea no se encuentra la de dividir materialmente la cosa común; sí podría estar entre las atribuidas por el testador, lo que aquí no hizo. También podría entenderse con facultades para ello —siguiendo el ejemplo de la Ley 340 de la Compilación de Navarra— al Contador-partidor, aunque sometido dicho acto, en todo caso, a la limitación de «entenderse modalizado por la finalidad de conseguir la ejecución del testamento y por la necesidad de dar efectividad a las disposiciones del testador».

2.ª A lo que hay que añadir que la división horizontal va más allá de la división material, por lo que, en todo caso, será necesario el consentimiento de los herederos forzosos o legitimarios (aunque esto es una mera opinión personal).

3.ª La entrega de legados antes de la partición exige el consentimiento de los legitimarios, dada la protección que les otorga el artículo 813 del Código Civil.

J. P. R. B.