

I. Resoluciones y sentencias

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

Por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

AUNQUE EL COMISARIO CONTADOR-PARTIDOR CUENTA ENTRE SUS INTRÍNSECAS FACULTADES LA DE ENTREGAR LEGADOS, LA PROTECCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS EXIGE QUE, EXISTIENDO ÉSTOS, PRECEDA A LA INSCRIPCIÓN DE ESCRITURAS DE ADJUDICACIÓN O ENTREGA DE LEGADOS INMOBILIARIOS ESPECÍFICOS PROPIOS DEL TESTADOR O LA LIQUIDACIÓN Y PARTICIÓN GENERAL DE LA HERENCIA O EL CONSENTIMIENTO DE LOS HEREDEROS FORZOSOS.—Resolución de 27 de febrero de 1982 (*Boletín Oficial del Estado* del 8 de abril).

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Vigo don Luis Solano Aza contra la negativa del Registrador de la Propiedad de la misma localidad a inscribir una escritura de adjudicación de inmuebles, en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que don Guillermo Penalba Domenech falleció en diciembre de 1965 bajo la vigencia del testamento abierto que había otorgado en Vigo el día 14 de diciembre de 1964 en el que instituía heredero universal a su hijo José María, dejando reducida a su legítima estricta la parte de su otra hija Elvira; que además ordenó una serie de legados a cuatro de sus nietos, además de uno a su hermana, otro a su esposa y un último a su hijo y heredero José María; que los legados hechos a favor de sus nietas María Victoria y María Teresa consistían en dos inmuebles en los que se señalaba la parte de cada uno que se había de adjudicar a sus respectivas

nietas, y, finalmente, designaba comisario contador-partidor al Letrado en esta ciudad, don Juan Baliño Ledo, al que le inviste de las más amplias facultades para la práctica de todas las operaciones de su herencia, en la que prohíbe terminantemente la intervención judicial, con prórroga del plazo legal por dos años más a contar desde la fecha en que sea requerido; que con fecha 25 de septiembre de 1980, la nieta doña María Victoria Raposeiras Penalba requirió notarialmente al comisario contador-partidor designado en el anterior testamento para que procediese a la entrega de los bienes que constituyen el legado, dispuesto a su favor; que el día 10 de noviembre de 1980 compareció don Juan Baliño Ledo ante el Notario de Vigo don Luis Solano Aza, otorgando escritura de adjudicación de bienes en favor de las dos legatarias doña María Victoria Raposeiras Penalba y doña María Teresa Penalba Cameselle;

Resultando que presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con la siguiente nota: «Devuelto hoy para inscribir las fincas adjudicadas a doña María Victoria Raposeiras Penalba, se deniega la inscripción por observarse el defecto insubsanable de no haberse otorgado la escritura de entrega, conforme exigen los artículos 885 del Código Civil y 83 del Reglamento Hipotecario, por los legatarios y herederos. Se precisa la intervención de estos últimos por no haber sido facultado el contador-partidor para entregar los legados en el último testamento del causante que se acompaña. Dada la índole del indicado defecto, no procede tomar anotación por suspensión, que tampoco ha sido solicitada. Vigo, 27 de abril de 1981»;

Resultando que por el Notario autorizante de la escritura don Luis Solano Aza se interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: que no ha existido infracción del artículo 885 del Código Civil ya que la legataria no ocupó las fincas legadas por su propia autoridad, sino que solicitó su entrega al comisario; que tampoco se ha incumplido el artículo 83 del Reglamento Hipotecario puesto que las adjudicaciones de los bienes legados era de la libre disposición del causante y resultaba innecesario el consentimiento de otros interesados; que es inexacto que el contador-partidor no estuviera facultado por el testador para poder adjudicar los bienes legados, ya que en el nombramiento se le invistió de las más amplias facultades para la práctica de todas las operaciones de la herencia, sin que sea necesario, pues, que el testador manifestase enunciativamente tales facultades; que, conforme al artículo 901 del Código Civil, las facultades que el testador puede conceder a los albaceas son las mismas que aquél tuviese, desde el pago de deudas y legados hasta la formalización de la partición, sin otro límite que el de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos; que la doctrina señala que los contadores-partidores no están concebidos como cosa distinta de los albaceas, y entre sus facultades incluyen la adjudicación de bienes, es decir, atribuir o asignar a cada coheredero y, en su caso, legatario o legatarios, en pago de su haber los bienes hereditarios; que si el testador en vez de haber legado a su nieta ciertos bienes hubiera dicho que la mejoraba adjudicándole los mismos bienes, no podría haberse planteado ningún obstáculo a su inscripción en el Registro; que la nota que se recurre, al exigir la intervención de herederos y legatarios, ignora que tal otorgamiento es invariable ya que uno de los herederos quedó reducido a su legítima estricta, razón por la que se viene negando reiteradamente a tal otorga-

miento; que, conforme al artículo 675 del Código Civil, la voluntad del testador fue la de que se adjudicaran a su nieta ciertas fincas, que tal adjudicación la realizara el Comisario y que el Juzgado no pudiera intervenir en tal adjudicación; que para el supuesto de otorgarse la escritura de entrega de legados, bien por los herederos, bien por el Juzgado, o el Registrador rectificase la nota, solicita que se prosiga el recurso a efectos doctrinales;

Resultando que por el Registrador de la Propiedad se dictó el correspondiente informe, en el que se alegó: que la primera cuestión a que se refiere el presente recurso estriba en determinar si es precisa la delegación expresa por el testador de la facultad de entregar legados de cosa inmueble, cuestión que ha sido resuelta por Resolución de la Dirección General del día 12 de julio de 1974, a la que se remite; que la segunda cuestión que se debate es la referente a la necesidad o no de la aceptación del legatario, y que la Resolución de 24 de mayo de 1930 equiparó a las adquisiciones por título lucrativo por actos *inter vivos* con aplicación del artículo 629 del Código Civil que exige la aceptación del donatario; que el recurrente quiere equiparar el requerimiento hecho por la legataria al contador-partidor con la aceptación, aunque debe destacarse que teniendo la nota recurrida fecha de 27 de abril y la copia del acta de requerimiento la de 12 de mayo, el Registrador no tuvo conocimiento fehaciente de tal acto; que al verificarse la entrega de legados antes de la partición, no puede saberse si todos los legados ordenados en el testamento agotan el caudal hereditario; que verificándose en la escritura referida diversas operaciones hipotecarias de agrupación y división de fincas, no puede saberse si la legataria acepta que la finca adjudicada es la que efectivamente le legó el testador;

Resultando que el Presidente de la Audiencia dictó auto confirmando la nota calificatoria, alegando análogos fundamentos a los expuestos por el Registrador;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial alegando: que con vulneración del artículo 117 del Reglamento Hipotecario, el Registrador añade en su informe nuevos defectos a la escritura calificada; que en el supuesto de la Resolución de 12 de julio de 1974, los albaceas contadores-partidores eran nombrados simplemente con «todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo»;

Vistos los artículos 813, 817, 858, 882, 885, 901, 902, 906, 1.025, 1.027 y 1.057 del Código Civil, 42, 7.º, y 47 de la Ley Hipotecaria, y 83 del Reglamento para su ejecución, la sentencia de 24 de marzo de 1928 y las Resoluciones de este Centro de 7 de abril de 1906, 19 de mayo de 1947, 19 de noviembre de 1952, 8 de marzo de 1965, 25 de mayo de 1971 y 12 de julio de 1974;

Considerando que ciñéndose exclusivamente al defecto señalado en la nota, al no poderse entrar de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario más que en las cuestiones que se relacionan directamente con la calificación del Registrador, en este expediente procede examinar si en la escritura de entrega de legado discutida era necesaria o no la intervención de los legatarios y herederos al interpretar en forma contrapuesta Notario y Registrador el contenido de la cláusula octava del testamento del causante relativa al nombramiento y facultades del Comisario designado;

Considerando que al tratarse de un legado de cosa específica y deter-

minada, propia del testador, la legataria ha adquirido la propiedad del inmueble, según el artículo 882 del Código Civil, desde el instante mismo de la muerte del causante, pero al no poder ocupar por sí misma la cosa legada necesita pedir su entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla, conforme establece el artículo 885 del mismo Cuerpo legal;

Considerando que examinada la cláusula octava del testamento del causante aparece que la persona designada lo ha sido con el carácter de comisario contador-partidor investido de las más amplias facultades —es decir, las del art. 1.057 del Código Civil— para la ejecución de todas las operaciones de la herencia desde el inventario y avalúo de los bienes hasta su adjudicación y entrega a herederos y legatarios, como indica la sentencia de 24 de marzo de 1928, por lo que en principio, y de no existir algún otro obstáculo, hay que entender que la persona designada tiene facultad para realizar la operación de entrega discutida;

Considerando que la facultad concedida al testador en los artículos 858 y 859 del Código Civil para gravar a los herederos 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;

Considerando que como ya declaró la Resolución de 7 de abril de 1906, de las citadas disposiciones lógicamente 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 proceder (¿se quiso decir 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 concurren 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;

Considerando que frente a lo expuesto no puede prevalecer la circunstancia de que por tener el contador-partidor nombrado la calidad de comisario, con las atribuciones que le confiere el artículo 1.057 del Código Civil, 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;

Considerando que en el presente caso, en donde a la hija del causante se le deja la estricta legítima y al otro hijo se le instituye 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 *cuius*, 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.

Esta Dirección General ha acordado que con revocación parcial del auto apelado, procede confirmar la nota del Registrador excepto en lo relativo al apartado final de su primer párrafo.

Lo que, con devolución del expediente original, comunica a vuestra excelencia para su conocimiento y efectos.

Madrid, 27 de febrero de 1982.—El Director general, *Fernando Marco Baró*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Comentario.—En el análisis de la precedente Resolución proyecto abordar los siguientes extremos: 1) En primer lugar procuraré glosar los pormenores más significativos del recurso: repaso de los hechos, posturas del Notario y del Registrador, extralimitación del Centro Directivo, etc.; 2) en segundo término, deseo encontrarle a esta Resolución su auténtica perspectiva y significado dentro de la farragosa línea jurisprudencial citada en el Vistos; 3) en tercer lugar comentaré las dos afirmaciones básicas que se destilan del fallo, a saber: *a)* la de que el contador-partidor cuenta entre sus facultades intrínsecas la de entregar legados, pero *b)* siempre que previa o simultáneamente efectúe la íntegra partición del caudal relicto, y 4) finalmente, me referiré, con brevedad suma, al reformado artículo 81 del Reglamento Hipotecario, precipitado normativo en que, junto a soluciones ya conocidas, han desembocado sin demasiada fortuna no sólo el precedente jurisprudencial que ahora analizo, sino otros aledaños que reseñaré al paso.

I. En el caso de esta Resolución, el testador, amén de otros varios, ordenó dos legados de cosa específica inmobiliaria de su propiedad a favor de dos de sus nietas, instituyó heredero a su hijo, «*dejando reducida* (*¿legado?*) *a su legítima estricta la parte de su otra hija*» y nombró un comisario contador-partidor (1), al que «*invistió de las más amplias facultades para la práctica de todas las operaciones de su herencia*». Otorgada escritura por este último exclusivamente, a requerimiento (*dies a quo* de su cargo) de una de las dos nietas, con el único objeto, al parecer, de adjudicar a la requirente y a su prima los inmuebles a ellas dejados, se objetó el defecto de «no haberse otorgado la escritura de entrega...

(1) Advierto que para mí y frente a posturas minoritarias y casi abandonadas son idénticas las figuras del comisario y del contador-partidor, utilizando indistintamente en el texto ambas denominaciones para designarlo. En cambio, la presente Resolución parece seguir el obsoleto criterio iniciado por las Sentencias de 24 de marzo de 1928 y 3 de diciembre de 1931, y tampoco ausente de la Resolución de 12 de julio de 1974, ya que en su penúltimo considerando da la impresión de considerar la de comisario como una calidad añadida a la condición de contador-partidor.

por los legatarios y herederos», dado que el contador-partidor no había sido facultado expresamente para entregar legados.

El Notario autorizante recurre alegando principalmente que el contador sí estaba facultado para la entrega, puesto que se le invistió «de las más amplias facultades para la práctica de todas las operaciones de la herencia», entre las cuales se encuentran, sin duda, la de atribuir o asignar a cada coheredero y, en su caso, legatario o legatarios, en pago de su haber, los bienes hereditarios (2).

El Registrador en su Informe aborda intermitentemente dos órdenes de cuestiones: A) Por un lado defiende que el contador no expresamente facultado para entregar legados no puede *per se* pretender esa facultad: 1.º porque así se desprende de la Resolución de 12 de julio de 1974, a que luego me referiré, aunque avanza ahora que su doctrina sobre las facultades traditorias (3) del comisario dista mucho de ser definitiva, y 2.º, porque «al verificarse la entrega de legados antes de la partición, no puede saberse si todos los legados ordenados en el testamento agotan el caudal hereditario» (este segundo razonamiento rectifica la línea argumental del anterior: ya no se afirma que el comisario simple no pueda entregar legados, sino que no puede entregarlos *ahora*, es decir, antes de proceder a la íntegra partición del *relictum*). B) Por otro lado, añade que, en todo caso, hubiera hecho falta para la inscripción de la escritura calificada la aceptación de la legataria requirente: 1.º porque la Resolución de 24 de mayo de 1930 pareció asimilar la aceptación de legados a la aceptación de donaciones (4); 2.º porque como la entrega del legado precisaba de varias operaciones registrales previas —agrupación y división de fincas— no puede saberse si el legatario estaría conforme con esta especificación, y 3.º porque, aun pretendiéndose que el requerimiento que la legataria formuló al contador equivalía a una aquiescencia anticipada a su actuación, la copia del acta de requerimiento está fechada varios días después de la

(2) A robustecer ese aserto se dirigen las citas del artículo 83 (antiguo) del Reglamento Hipotecario y 901 y 675 del Código Civil. El resto del escrito de interposición del recurso, tal y como lo resume la Dirección, se limita a descubrirnos el dato de que la legitimaria no mejorada se negaba a subsanar el defecto objetado y a aducir un razonamiento que me parece inexacto: «*si el testador —se afirma— en vez de haber legado a su nieta ciertos bienes hubiera dicho que la mejoraba adjudicándole los mismos bienes, no podría haberse planteado ningún obstáculo a su inscripción en el Registro*». Depende del título de atribución de la mejora, puntualizo yo, pues no siendo ésta sino un fin, si se la canalizó no por vía de institución, sino de legado, aún específico, el problema hubiera sido idéntico al planteado.

(3) Empleo el término tradición para referirme a la entrega de legados en un sentido lato y no estrictamente técnico, pues ya enseñaba ROCA SASTRE en su *Derecho hipotecario*, tomo III de la 7.ª edición, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 836, y en sus notas al Ktpe, tomo V-1.ª, ed. 1976, pág. 557, que la entrega de la cosa legada al legatario es una mera «puesta en posesión... carente del alcance traslativo de la tradición del artículo 609 del Código Civil, pues (en el caso del art. 882 del Código Civil) la propiedad ya es del legatario con anterioridad...».

(4) Lo que realmente afirmó dicha Resolución fue que para repudiar un legado deferido sucesivamente a un menor y a las Conferencias de San Vicente de Paúl por parte de la titular de la patria potestad de aquél y del órgano de actuación de éstas, no se precisaba la autorización judicial prevenida, para sus respectivos casos, por los artículos 164 (versión anterior) y 993 del Código Civil. Y si para sostener la lícita actuación unilateral de la madre el Centro Directivo continuó el criterio sobre repudiación de atribuciones gratuitas iniciado por la Resolución de 25 de agosto de 1925, consagrado por el párrafo segundo del artículo 178 del Reglamento Hipotecario, versión 1947 (respetada en 1959), y por la Ley 64 de la Compilación navarra, pero rectificado por el artículo 166, 2, actual del Código Civil y antes, en su ámbito, por el artículo 14, 2, de la Compilación aragonesa, para admitir la decisión autónoma de la Junta de Señoras de aquellas Conferencias, la Dirección, efectivamente, entre otros argumentos, adujo que el artículo 993 del Código Civil sólo se refiere a la repudiación de la «herencia», afirmando incidentalmente que «la repudiación de los legados se ha desenvuelto constantemente sobre bases distintas a las aplicables en la repudiación de la herencia»; pero de ahí a que en las adjudicaciones de legados por el contador sea precisa la aceptación del atributivo por aplicación extensiva del artículo 629 del Código Civil, media una cierta distancia que el Registrador pretendió minimizar. Es dudoso si la Dirección le secundó en su audacia, dado el tono sibilino de las últimas palabras del postre considerando.

nota calificatoria, por lo que parece que no se tuvo ni se pudo tener presente a la hora de redactar ésta.

Ante ello, el Notario, al alzarse de la decisión presidencial, denunció vulneración del artículo 117 del Reglamento Hipotecario por predicarse de la escritura calificada «nuevos defectos» en el Informe y seguramente también en el auto de la Audiencia, y la primera parte del considerando inicial viene a darle formal satisfacción pretendiendo centrar la controversia sobre las «cuestiones que se relacionan directamente con la calificación del Registrador».

De todos modos, si bien se mira, el defecto alegado en la nota fue la falta de otorgamiento de la escritura de entrega *por los legatarios y herederos*, aunque sólo se dan razones del porqué de la pretendida necesidad de la intervención de estos últimos; *ergo*, el defecto, aunque aparentemente formulado como único, en realidad era doble: por un lado, no concurrían los herederos y, por otro, tampoco lo hacía la legataria requirente. De ahí que toda la línea argumental del Registrador informante en torno a la necesidad de aceptación de la entrega por la legataria no pueda considerarse estrictamente como una *nova quaestio*. El embrión de ese defecto se encontraba ya en la nota y no debe considerarse infracción del artículo 117 del Reglamento Hipotecario su desenvolvimiento ulterior. Pero, en cambio, sí puede reprocharse a ese escueto aspecto de la nota el no ajustarse al antiguo artículo 106 del propio Reglamento (5) que exigía expresar, además del defecto que contuviera el título, los motivos en que se basaba la calificación y el alcance de ésta a juicio del Registrador.

Inversamente, habiéndose objetado la falta de concurrencia de los herederos por no haber sido facultado el contador-partidor para entregar legados sí que rebasa los límites de la *litis contestatio* (permítaseme esa licencia expresiva) el aducir que «*al verificarse la entrega de legados antes de la partición, no puede saberse si todos los legados ordenados en el testamento agotan el caudal hereditario*». Quizá fuera esa la nueva cuestión que reprocha el Notario apelante y no le faltaba razón, pero la Dirección, curiosamente, parece entender que el defecto extemporáneo era el otro, el de la falta de aceptación por la legataria (al que de todos modos alude solapadamente al final) y no la nueva faceta del primero, a saber la necesidad de previa liquidación del íntegro caudal relicto. Tan poco improcedente le parece esta nueva vía argumental que, despachando en un escueto tercer considerando el problema básico de si el mero contador puede entregar legados, dedica casi el resto del fallo a razonar el obstáculo de la previa partición que, como digo, sí que me parece una *quaestio nova* en la que la Dirección, pese a su aserto inicial, no tiene ningún rebozo en penetrar.

En efecto, el considerando inicial, cobijándose paradójicamente en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, centra el debate en los términos que le venían de la instancia, a saber, si para la entrega de un legado inmobiliario específico (6) era necesario o no la intervención de la legataria y herederos, toda vez que el concurso de éstos era imprescindible,

(5) Artículo hoy, de modo *inexplicable*, sólo insuficientemente suplido, creo, por el artículo 434, párrafo tercero, del Reglamento Hipotecario.

(6) Es problemático decidir hasta qué punto se trataba realmente de un legado de cosa, más que específica (cuya antítesis sería la genérica) suficientemente especificada, a la vista de las previas operaciones de modificación de entidades hipotecarias que fueron precisas para concretarla. Repárese en la dualidad de adjetivos del artículo 882 (legado de cosa «específica y determinada»), en cuyo «Tatbestand», con todo, considero incluido el supuesto del expediente.

según el Registrador, para aquella entrega, por carecer el comisario de facultad al respecto.

Y esa cuestión modular viene resuelta, con cita desafortunada de una sentencia del Tribunal Supremo y a pesar de la dubitativa Resolución de 12 de julio de 1974 aducida en la apelación y en el Vistos (luego resumiré esa referenciada jurisprudencia) en el sentido de que el comisario contador-partidor se halla facultado *per se* para todas las operaciones de la herencia «desde el inventario y avalúo de los bienes hasta la adjudicación y entrega a herederos y LEGATARIOS».

De haber constado la Resolución que comento de sólo estos dos considerandos primero y tercero (el segundo es pura recitación de preceptos legales), la razón debería habersele dado al Notario recurrente, que en todo momento partió de la premisa de que entre las facultades intrínsecas del contador-partidor se cuenta la de entregar legados.

Pero he aquí que con gran sorpresa y con cierta vulneración, ahora irrecurrible, del artículo 117 del Reglamento Hipotecario, del que se acababa de hacer protesta de acatamiento, el Centro Directivo desentierra la antigua doctrina de la Resolución de 7 de abril de 1906 (7) y objeta a la inscripción del documento examinado un defecto que no se relacionaba «directa e inmediatamente con la calificación del Registrador» ni con el motivo en que se basaba la misma (antiguo artículo 106 del Reglamento Hipotecario), cual era la falta de previa partición total por el comisario a fin de saber si los 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». Es verdad que una cierta relación sí guarda con el debate de la instancia, porque de no preceder la partición íntegra —como en el caso del expediente— una de las maneras de hacer inscribible la entrega aislada del legado sería haber hecho concurrir a ella a los herederos forzosos del testador, herederos cuya incomparecencia constituía la base del reproche del calificador. Pero, si bien guarda una cierta relación, es indudable que ésta no es «directa e inmediata», como exige el artículo 117, ni resulta congruente con el motivo explicitado de la calificación: En ella no se objeta la incomparecencia de los herederos (8) porque al faltar la partición total se puedan lesionar sus derechos, sino porque el contador no se halla autorizado para entregar legados y se hace preciso acudir a los sujetos que señala el artículo 885 del Código Civil.

Pero, en fin, abandonando el tema de la incongruencia del fallo al salirse de los límites en que quedó cerrada la controversia, queda por destacar para concluir su resumen estas tres observaciones:

1.ª Que en el penúltimo considerando se afirma, en un afán de lógica interna, que la doctrina de la necesaria previa partición total es perfectamente compatible con la de la inscribibilidad de las particiones llevadas a cabo unilateralmente por el Comisario sin necesidad de la conformidad de los herederos forzosos (criterio iniciado por la importante Resolución de 22 de enero de 1898 y secundado por un rosario de similares); compatibles sí que parecen ambas doctrinas, coherentes no tanto, porque, como

(7) Como luego pondré de relieve transcribe de ella tres considerandos íntegros: el segundo, el cuarto y el quinto.

(8) En la nota no se los adjetiva de «forzosos», como luego precisa la Dirección, evidenciando su giro argumental.

destacaré luego, no se puede desconfiar del comisario a unos efectos y sí a otros.

2.ª Que en el último considerando, como suele ser habitual, se sitúa la premisa menor del silogismo jurisprudencial y se extrae la correspondiente conclusión: que el título calificado adolece de la falta o defecto objetado. Pero entre una y otra la Dirección intercala una frase («ni tampoco han comparecido las dos legatarias para percibir la cosa legada») que llena de perplejidad al lector. ¿Significa que, en contra de lo que se acaba de afirmar en el considerando anterior acerca de la posible actuación unilateral del comisario, es precisa la aceptación o, por lo menos, la recepción (o «percepción» como dice la Resolución) de la cosa legada por la legataria a fin de tener expedita la vía del Registro? ¿Se está subrepticamente dando por buena la conclusión que el Registrador extrajo, forzadamente en su Informe, de la Resolución de 24 de mayo de 1930? ¿Es un desliz sin mayor significación? Por mi parte, y mientras no encuentre razones de peso para pensar lo contrario, consideraré ese inciso como un *lapsus calami* en su estricta significación latina (de «labor» = deslizarse); es decir, como un corrimiento querido, pero impremeditado de la pluma del juzgador (permítaseme de nuevo esta licencia expresiva), al que, por falta de desarrollo argumental, no cabe darle mayor importancia. Tan impremeditado parece que ha sido expresamente desautorizado por el nuevo artículo 81, b), del Reglamento Hipotecario al que luego me referiré.

Y 3.ª Que en el acuerdo final nos quedamos sin saber exactamente qué parte de la nota calificatoria ha sido confirmada y cuál no, puesto que se exceptúa de la convalidación «lo relativo al apartado final de su primer párrafo». Mas he aquí que en la versión del *Boletín Oficial* la nota aparece integrada por un único párrafo entendido, cual enseña el diccionario, como «cualquiera de las divisiones de un escrito o impreso, en que después de punto final se pasa a otro renglón». Por un lado, no parece serio estimar inconfirmados el lugar y la fecha de estampación de la nota. Por otro lado, de referirse la excepción a la improcedencia de la anotación de suspensión, toda vez que la concurrencia de los herederos (¿forzosos? ¿y de la legataria?) subsanaría el defecto alegado, se incidiría en incongruencia por cuanto el carácter insubsanable del defecto se había destacado en la primera frase (a través de ese adjetivo y del verbo «denegar») y la inviabilidad de la anotación suspensiva era una mera consecuencia. Finalmente, si por párrafo se entiende cualquier proposición cerrada por un punto, aunque sea seguida inmediatamente de otra, lo carente de confirmación sería ¡el defecto básico triunfante en el fallo!, o sea el «no haberse otorgado la escritura de entrega, conforme exigen los artículos 885 del Código Civil y 83 del Reglamento Hipotecario, por los legatarios y herederos». De ser así la Dirección estaría reconociendo paladinamente, si no su *ultra petita*, sí la sustitución del fundamento jurídico de la denegación. Como cualquier suposición conduce a conclusiones extrañas prefiero no aventurarme por ninguna hipótesis y considerar, hasta que quizá la próxima edición del Anuario despeje la incógnita, que el acuerdo fue básicamente de confirmación de la nota, salvo en algún aspecto marginal y desdibujable.

II. La presente Resolución, a pesar de todas las deficiencias apuntadas, ha venido, por fin, a despejar la duda acerca de si el contador-partidor

en cuanto tal, puede entregar legados, duda, por lo demás, estimo que absolutamente desvanecida por el nuevo artículo 81 del Reglamento Hipotecario que, aparte de insistir en esa posibilidad que ya se traslucía de su precursor, el antiguo artículo 83, ha pretendido sistematizadamente atenerse «a las soluciones marcadas por la jurisprudencia y basadas en la imposibilidad de perjuicio a los legitimarios» (del párrafo quinto de la Exposición de Motivos del Real Decreto 3.215/1982, de 12 de noviembre).

Pero, prescindiendo del dato normativo ulterior, al que luego, como anticipé, dedicaré dos palabras, la Resolución que comento tuvo hasta entonces una indudable trascendencia al apartarse de la línea que aparentemente apuntó la de 12 de julio de 1974.

En efecto, pese a que en el Vistos se reseña una sentencia y seis Resoluciones, un análisis cuidadoso de las mismas descubre que sólo la de 1974 afronta idéntica problemática que la que ahora nos ocupa (9), a saber, si

(9) En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1928 (Jurisprudencia civil, Colección completa publicada por la R. G. L. y J., tomo 182, 3.º, de 1928, correspondiente al mes de marzo, Madrid, Ed. Reus, 1930, págs. 647 a 657), habiendo fallecido la causante bajo testamento en el que instituyó herederos por partes iguales a su madre y a su esposo, únicos legitimarios con que contaba, y en el que nombraba un albacea «con todas las facultades de contador-partidor», se otorgó un cuaderno particional exclusivamente por el viudo y dicho albacea en el que, leoninamente, se adjudicaban todos los bienes inventariados al esposo superviviente, pretextando la existencia de unas deudas que absorbían todo el activo ganancial. La coheredera y madre de la causante impugnó el aludido cuaderno (en el que, como se ve, no se pasó de la fase de liquidación de gananciales, toda vez que con las pseudodeudas no quedó *relictum* líquido) y su pretensión, inatendida en primera instancia, fue acogida en la Audiencia, sin que el Tribunal Supremo estimara el subsiguiente recurso de casación. En él se alegó infracción del artículo 1.057 del Código Civil, pero el Alto Tribunal desechó el motivo porque el referido artículo tiene dos párrafos, «y como el segundo (que hoy es el tercero) es indudable que se refiere únicamente al comisario y no a todos los albaceas o contadores-partidores a que alude el primero, y las funciones de aquél son especiales y diferentes de las de éstos, siquiera tengan mucho de común entre uno y otros, es indudable que la Sala sentenciadora, dándole a este artículo su verdadero sentido, con acierto ha declarado nula la partición hecha por el hoy recurrente, viudo de la testadora, y por el albacea que la misma designó, por no haber intervenido en el inventario la madre de la repetida testadora, que, como heredera legitimaria, tenía perfecto derecho a intervenir en dicha partición....».

Como puede apreciarse, el Supremo, para advenir a una justa solución material antiexpoliatoria, se ve obligado a hacer encaje de bolillos con los conceptos iniciando la distinción, a que me referí en la nota 1, entre comisario de un lado y albacea o contador-partidor de otro, de suerte que la posible actuación unilateral partitiva sólo se la reconoce al primero y no a los segundos. En otras palabras, a pesar de que al albacea se le nombró en el testamento «con todas las facultades de contador-partidor», los magistrados niegan (¿y el art. 901 del Código Civil?) que su actuación pueda cobijarse bajo el manto inmunizante del «se observará» del entonces párrafo segundo del artículo 1.057, razón por la cual, y al quedar en presencia de un simple albacea, la partición y la previa liquidación de gananciales debía efectuarse por el viudo y coheredero, de un lado, y por la otra coheredera, que además era legitimaria, de otro. Mas, en todo caso, la doctrina de esta Sentencia se halla muy lejos de la que le atribuye el considerando tercero de nuestra Resolución. En ella el Supremo no afirma, sino a lo sumo interpretándolo a contrario sensu, que el comisario esté «investido de las más amplias facultades para la ejecución de todas las operaciones de la herencia, desde el inventario y avalúo de los bienes hasta su adjudicación y entrega a herederos y legatarios» (legatarios por demás ausentes de su *specie facti*), sino que la *ratio decidendi* de su desestimación del recurso se redujo a negar que el albacea, incluso facultado para partir, pudiera hacerlo por sí solo, sin contar con los herederos.

Las Resoluciones de 19 de mayo de 1947 y de 19 de noviembre de 1952, muy similares entre sí, tampoco entroncan directamente con la que me ocupa en el texto. En la de 19 de mayo de 1947 el testador legó el inmueble en que moraba a la hermana que convivía con él e instituyó herederos en otra casa, así como en el remanente de todos sus bienes, a otra hermana y a dos estirpes de sobrinos. Vendida antes de fallecer esa otra casa, resultó que, tras su óbito, los instituidos carecían de interés en efectuar la entrega del legado, por lo que la legataria otorgó unilateralmente escritura de «aceptación de legado específico y adjudicación de bienes» que la Dirección General, en última instancia, no consideró inscribible, entre otras razones por vulnerar el enunciado claro del artículo 885 del Código Civil, no sin reconocer que para «situaciones en que por la falta de activo hereditario o escasa cuantía del mismo los herederos carezcan de interés para aceptar la herencia y dificultan con su actitud pasiva la entrega de los legados establecidos...», «sería de desear un procedimiento más flexible que impidiera posibles perjuicios», pero siempre «mediante una reforma legislativa». El único parentesco de esta Resolución con la de mi comentario acaso reside en su último considerando que obiter afirma «que la Resolución de 30 de diciembre de 1916, alegada por ambas partes, decidió un caso en que toda la herencia se había distribuido en legados y la inexistencia de herederos, cuyo lugar ocuparon los legatarios para la liquidación del patrimonio, permitió entonces adoptar un criterio tolerante, y a esta misma solución podría llegarse en el caso ahora planteado si justificada debidamente la renuncia de todos los herederos quedase únicamente subsistente el legado, PORQUE NO HABRÍA POSIBILIDAD DE UN PERJUICIO DE LEGI-

entre la «simple facultad de hacer la partición» encomendable a un comisario, se comprende la posibilidad de entregar legados.

La Resolución de 1974, magistralmente comentada por TIRSO CARRETERO (10) y también por BUENAVENTURA CAMY (11), pareció contestar negativamente al anterior interrogante. En ella, legadas tres casas propiedad de la testadora, instituidos seis parientes colaterales y nombrados cuatro «albaceas contadores-partidores para todos los efectos y con todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo», se otorgó escritura de entrega por estos últimos y la entidad legataria, a la que el Registrador objetó la falta de consentimiento de los herederos «al no estar expresamente facultados los referidos contadores-partidores para entregar legados de cosa inmueble». La Dirección, pese a tratarse de herederos voluntarios, le da la razón porque los albaceas no especialmente facultados carecen de potestad de entrega y porque «la circunstancia de que los albaceas tengan además la cualidad de contadores-partidores no influye para entenderse alterada la doctrina expuesta —aparte de que en la escritura comparecen únicamente con el primer carácter—, ya que por faltar en el Código Civil una regulación completa de la figura del contador-partidor, la jurisprudencia ha declarado ya, en principio, le serán aplicables las mismas normas del Albaceazgo, si bien teniendo en cuenta la propia función del cargo, que es la de contar y partir, e incluso para que pudieran ostentar

TIMAS, QUE PARECE SER EL MOTIVO DEL LEGISLADOR PARA IMPEDIR AL LEGATARIO OCUPAR POR SÍ LA COSA LEGADA sin efectuar previamente las operaciones de liquidación de la herencia y conocer mediante ellas si la manda debe quedar íntegramente subsistente o si, por el contrario, ha de ser reducida e incluso anulada».

La Resolución de 19 de noviembre de 1952 coincide hasta en sus supuestos fácticos con la de 1947. Como en ella, se legaba a una hermana la casa en que moraba la testadora y se instituía herederos a tres estirpes de colaterales. Las únicas variantes, intrascendentes a nuestros efectos, estribaban en que la legataria lo fue sólo en pseudousufructo testamentario, ya que a su muerte el pleno dominio del inmueble debía pasar a una sobrina de la causante y en que se nombraron dos albaceas, contadores y partidores «sin tiempo limitado». La sobrina fideicomisaria, al extinguirse el pseudousufructo, otorgó unilateralmente escritura de aceptación y adjudicación del legado, ante la falta de cooperación de los herederos y de los propios albaceas-contadores, que también fue vetada por el Centro Directivo, según el cual «la jurisprudencia y la doctrina sostienen igual criterio (de acotamiento a los arts. 885 y 440 del Código Civil) PARA MANTENER LA INTANGIBILIDAD DE LAS LEGÍTIMAS QUE PUDIERAN SER PERJUDICADAS, aunque en casos especiales conviniese, lege ferenda, una fórmula más sencilla que armonizase los derechos del legatario y los herederos».

La singular Resolución de 8 de marzo de 1965 también discurre por senderos más alejados de los que a primera vista parece. En ella la testadora legó un tercio de su herencia «para que se emplee en sufragios por su alma y en obras de caridad» e instituyó herederos de los otros dos tercios a su esposo como usufructuario libre y a los Padres Dominicos como nudo propietarios con cláusula modal. Al mismo tiempo designó un albacea contador-partidor con facultades amplísimas de realización. Capitalizado el usufructo del viudo por acuerdo entre él y dicho albacea, éste entregó una finca a la Parroquia de Alboraya, cuyo representante se obligaba a decir misas y sufragios por el alma de la causante. El único defecto que admitió la Dirección General consistió en que era necesaria la previa división del caudal en dos partes, la de dos tercios destinada a la Orden instituida sub modo y la del tercio restante objeto de un legado parciario en beneficio de su alma, que a estos efectos debía recibir el mismo tratamiento que el haber de un coheredero. Obsérvese que había desaparecido del supuesto el único heredero forzoso y que lo que la Dirección aquí parece prohibir es la partición parcial por el albacea-contador, pero por algún inescrutable motivo distinto de la protección legitimaria.

Finalmente, en la Resolución de 25 de mayo de 1971 la causante, que había distribuido buena parte de su patrimonio mediante donaciones entre sus ocho hijos, legó una finca, que se había reservado, a su marido, facultándole para que tomase posesión de ella por sí mismo «sin que hayan de entregársela sus herederos, que tienen ya recibido más de lo que por legítima les corresponde». El legatario, ya viudo, otorga unilateralmente escritura de toma de posesión de legado autoadjudicándose la finca de referencia. La Dirección General vuelve a dar prevalencia al artículo 885 del Código Civil, que exige la intervención de los herederos, matizando la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1928 (que admitió la atribución y ejercicio de la facultad de autoposesionarse por parte del legatario), en el sentido de que tal criterio no es admisible «en el supuesto de que existan legitimarios interesados dado el carácter imperativo de las normas legales que protegen sus derechos».

(10) En esta misma Revista, núm. 505, correspondiente a noviembre-diciembre de 1974, págs. 1459 a 1469.

(11) En la Revista de Derecho Privado, enero de 1975, págs. 71 a 74.

las del artículo 1.057 del Código Civil sería necesario una especificación más explícita que en este supuesto no ha tenido lugar».

Pero aunque esta Resolución de 1974 denegó la inscripción de la escritura de entrega del legado, coincido con TIRSO CARRETERO en que su verdadera *ratio decidendi* estaba en esa frase entre guiones del quinto y último de sus considerandos en la que se hacía notar que en la escritura calificada los albaceas contadores, partidores comparecían únicamente con el primer carácter, el de albaceas; y esto era así, aparte de lo que pudiera resultar del apartado sobre intervención del instrumento, por el hecho de que, previa o simultáneamente a la entrega, no habían desempeñado su cometido de partir, sino que se limitaban a efectuar una aislada tradición del legado inmobiliario. De ahí que el admirado comentarista concluyera su glosa exponiendo la creencia de que aquella Resolución no contenía una definitiva y decisiva doctrina interpretativa del artículo 83 del Reglamento Hipotecario y de que la *«única e indudable 'ratio decidendi' está en que antes de una adjudicación en pago de legado, aunque sea específico de inmueble, el albacea contador-partidor debe haber realizado las operaciones particionales imprescindibles para decidir sobre la total eficacia del legado»*.

Por su parte CAMY, sin pretender darle la vuelta, criticó duramente ese aspecto de la Resolución de 1974, que parecía negarle al escueto contador facultades atributivas de legados, pero al igual que TIRSO CARRETERO también coincidió con el fallo por el mismo motivo de faltar la previa o simultánea partición del *relictum*, pues *«si existen legitimarios es indispensable inventariar y liquidar el caudal hereditario, para así poder determinar cuál sea el partible, y a su vista, calificar si el legado es o no inoficioso... y si no existen legitimarios, también hay que realizar previamente ese inventario y liquidación, pues los legados pueden quedar sin efecto cuando no haya bienes bastantes en la herencia para satisfacerlos (art. 887 del Código Civil)»*.

Y precisamente la Resolución de 27 de febrero de 1982 ha venido a darles íntegramente la razón a CARRETERO y a CAMY, desvirtuando a través de su considerando tercero cualquier malentendido que, en orden a las facultades traditorias del contador, hubiera suscitado su antecesora, pero desempolvando también, de paso, para el requisito de la previa partición la doctrina de la Resolución de 7 de abril de 1906, cuyo enlace con la actual también importa destacar.

En ella el testador legó a su esposa varios inmuebles de la propiedad de aquél, instituyó herederos a sus tres hijos y nombró dos albaceas solidarios, *«confiriéndoles facultades de contadores y partidores para el caso de que fuese necesario practicar las operaciones particionales de la herencia»* y autorizándoles también *«para entregar a la legataria... los terrenos legados»*. Fallecido el causante se otorgó por uno de los albaceas y por la legataria escritura de entrega que el Registrador suspendió *«por no justificarse por medio de la oportuna liquidación de la herencia... que el legado de cuya entrega se trata cabe dentro del tercio de libre disposición de la misma; y en caso de no haberse practicado dicha liquidación, no concurrir los herederos si son mayores de edad o sus representantes legítimos si son menores, a prestar su conformidad con el legado»*. Y la Dirección confirma la nota a través de ocho considerandos de los que la que aquí comento reproduce literalmente dos y, con mínimas adaptaciones, un tercero. En

concreto son tributarios absolutos de los de la Resolución de 1906 el cuarto y el quinto considerandos de la de 1982 (salvo en la referencia que este último hace a su modelo, lógicamente) y casi absoluto, el sexto. Destaco estas autocitas del Centro Directivo, no para censurarlas, pues está en su perfecto derecho (y al contrario, se agradece) de crear doctrina reiterativa sobre cualquier cuestión jurídica, sino porque al evidenciar la hilazón directa entre las dos Resoluciones, se pueden reverdecer ahora los fundamentos jurídicos que entonces se vertieron y que hogaño, probablemente en aras de la brevedad (¿o por su reversibilidad?) se omitieron, a saber:

— el derivado de los artículos 821 y 822 del Código Civil (silenciados en el Vistos de la de 1982), que contemplan la colisión legitimario-legatario de finca indivisible, preceptos aquellos que podrían no actuar de anticiparse la entrega de dicho inmueble;

— el derivado del artículo 906 (sí citado en el Vistos), que al hacer participar a cualquier clase de legatarios en el acuerdo de prórroga del albaceazgo, evidencia que no hay un derecho por parte de aquéllos a una entrega inmediata de su legado (12);

— y el derivado de los artículos 45 y 46 de la Ley Hipotecaria de 1861, no afectados por la reforma de 1869 (ahora se citan sus paralelos, los artículos 42, 7.º, y 47 del Texto refundido de 1946), que concedían al favorecido con legados de cosa específica inmueble propiedad del testador la facultad de pedir y obtener anotación preventiva de su derecho sobre la misma cosa legada, lo que «*demuestra la presunción legal de que pueda dilatarse su definitiva adjudicación*».

Es de señalar, por último, que en el Vistos de la Resolución de 1906 se citaban ya, como ahora, los artículos 1.025 y 1.027 del Código, sin desarrollarlos luego en los considerandos.

Ni que decir tiene que ninguno de esos argumentos me parece definitivo, aunque no me detenga ahora a refutarlos pormenorizadamente, pues una cosa es reconocer que la entrega de legados por el contador pueda dilatarse por mil razones y entonces hay que proveer de garantías (?) al legatario y hacerle intervenir en las decisiones sobre prórroga (y nombramiento) del ejecutor de la partición, y otra muy distinta admitir que para la registración de la entrega de legados específicos se deba justificar que ha sido esa la última operación liquidatoria practicada.

III. Dos ideas clave se desprenden, pues, de la Resolución de 1982, aparte de reiterar la consabida doctrina de la inscribibilidad (*sub conditione*) de las particiones unilaterales por contador:

1.ª La de que «partir» en el artículo 1.057 del Código Civil comprende no sólo la facultad de seleccionar equitativamente qué bienes del *relictum* considera el comisario que se deben aplicar a integrar los haberes de here-

(12) Hoy un argumento del mismo estilo podría extraerse del añadido párrafo segundo del artículo 1.057 del Código Civil, que también hace participar, junto a los herederos, en la petición de nombramiento de contador-partidor dativo, a toda clase de legatarios, sin ceñirse sólo a los de parte alícuota, como en principio sería lo lógico: prueba del evidente interés que, incluso para los legatarios de cosa específica y determinada y desde la óptica de la doctrina en que se insertan las Resoluciones de 1906 y 1982, tiene el nombramiento de un contador dativo diligente en partir y adjudicar.

deros y legatarios (de parte alícuota), sino también la de hacer llegar a sus destinatarios las cosas que hubiese legado específicamente el testador (13).

Y 2.ª La de que, supuesto lo anterior, debe preceder la partición total a la entrega de legados, como salvaguardia de los legitimarios y salvo dispensa de éstos.

A) Para el primer aserto es curioso destacar que la Dirección se apoya principalmente en el alcance lógico de la función de partir conferida por el artículo 1.057 del Código Civil y que, en cambio, no aduce el argumento derivado de la literalidad del artículo 83 del Reglamento Hipotecario, simplemente citados en el Vistos (14).

Tampoco trae a colación los artículos 1.092 y 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (15), que ya fueron esgrimidos en el escrito de interposición del recurso de 1974. Dichos preceptos no hubieran sido del todo inoportunos al caso, aunque se refieran a contadores judiciales, pues la Ley rituaría parte de que en los juicios sucesorios universales la posesión de los bienes hereditarios no radica en los herederos, sino en el aparato judicial que previene aquellos procesos (16) y administra el caudal (17) hasta que, en su caso, proceda hacer la entrega a los destinatarios oportunos (18), pero también prevé la Ley adjetiva que si el testador ha prohibido la intervención judicial en su testamentaria «*será necesario que aquél haya nombrado una o más personas facultándoles para que con el carácter de albaceas,*

(13) No parece que también las que hubiese dejado por vía de «instituciones *ex re certa*» —que no deban considerarse legados, para lo cual yo me guío por criterio similar al del artículo 110 de la Compilación catalana y Ley 216 de la navarra—, puesto que respecto de ellas no sólo su propiedad, sino su posesión civilísima la ostenta ya el singularmente instituido.

(14) Precepto que, en este particular, rezaba así: «*Los inmuebles determinadamente legados se inscribirán en virtud de escritura de entrega otorgada por el legatario y por el contador-partidor o albacea facultado (participio singular que, por ello, sólo puede referirse al albacea) para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos. Si toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador ni se hubiere facultado al albacea, etc.*» (repárese también en la construcción de esta última frase que partía igualmente de que sólo el albacea precisa autorización expresa). Este argumento literal, silenciado por el Centro Directivo, acaso por la equivocada idea de la insuficiencia de rango normativo del Reglamento Hipotecario, siendo así que éste se limitaba a integrar un cierto silencio legal sobre las facultades del contador sin colisionar con el artículo 885 del Código Civil, fue ya aducido por TIRSO CARRETERO en sus tantas veces citado *Comentarios*, pág. 1466, quien además convocaba en su apoyo la interpretación cuasiauténtica de LA RICA (en *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 82 y pág. 69 del tomo II de su Libro homenaje, editado por el C.E.H., Madrid, 1976) y la de ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, 6.ª ed., tomo III, pág. 936, y 7.ª ed., tomo III, pág. 838), quien calificaba la innovación de «poco ortodoxa» en cuanto implicaba —a su juicio— una modificación del Código Civil por un precepto reglamentario, pero que constituía una fórmula buena desde el punto de vista práctico. Todavía podrían añadirse como ejemplos de contrariada aceptación de la innovación reglamentaria las opiniones de LACRUZ (*Derecho de sucesiones*, I, ed. 1971, pág. 558, y ed. 1976, pág. 363) y la de Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, IV, 2.ª ed., pág. 335). Por contra no aprecia contradicción entre Código y Reglamento, MANUEL ALBALADEJO en el tomo XII, volumen 1.º de los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1981, páginas 323 y ss., pero es sobre la base de que el participio «*facultado*» abraza al albacea y al contador (figura esta última que para él no es sino un albacea especializado, como ya expusiera en su monumental obra sobre *El Albaceazgo en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 333 y ss.); en la página 325 de los referidos *Comentarios*, sin embargo, ALBALADEJO reconoce que ya la armonía no es total entre la segunda parte del párrafo 2.º del artículo 83 del Reglamento Hipotecario y el artículo 885 del Código Civil, y siguiendo a la Resolución de 12 de julio de 1974 da preferencia a este último.

(15) Artículo 1.092: «*Aprobadas definitivamente las particiones, se procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en éstos, por el actuario, notas expresivas de la adjudicación.*

Luego que sean protocolizadas, se dará a los partícipes que lo pidieren testimonio de su haber y adjudicación respectivos».

Artículo 1.093: «*Cuando se haya promovido el juicio a instancia de uno o más acreedores, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios, sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción.*».

(16) Artículos 959, 1.042 y 966 a 969 y salvo que en los voluntarios se solicite la intervención a los treinta días del fallecimiento: artículos 975,3 y 1.062.

(17) Artículos 1.005 a 1.035; 1.068; 1.069 y 1.096 a 1.100. Vide M. GITRAMA GONZÁLEZ: *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950.

(18) Artículos 961-2.ª; 1.000; 1.002; 1.043; 1.047 y 1.048, ambos *in fine*, y 1.092 y 1.093.

CONTADORES o cualquier otro, practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaria» (art. 1.045). Ergo, estos órganos sustitutos del entramado judicial, salvo que otra ley posterior (como los artículos 902 y 903 del Código Civil) hayan recortado sus facultades, deben tener por lo menos toda la disponibilidad, incluso posesoria, sobre el caudal relicto que ostentaría aquel entramado (es más, así parece presuponerlo el art. 1.057,3, del Código Civil tan exhaustivamente estudiado, a otros fines, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA). De esta suerte, extrayéndole todas sus posibilidades a los preceptos de la Ley Procesal no se apreciaría colisión de una parte entre la doctrina de esta Resolución y de los artículos del Reglamento Hipotecario que la han precedido y secundado y, de otra, entre los artículos 440 y 885 del Código Civil, en cuanto referidos al heredero, que seguirían conteniendo la regla general en ausencia de contador o de albacea facultado.

En suma, la primera idea que trasluce la Resolución de mi comentario parece acertada, pues obvia, habiendo contador, los inconvenientes que, en orden a la entrega de legados, señalaron las Resoluciones de 19 de mayo de 1947 y 19 de noviembre de 1952, sin colisionar con preceptos legales, sino, al contrario, avalada por ellos.

B) La segunda idea o conclusión que rezuma el fallo del Centro Directivo, o sea la doctrina de la previa o simultánea partición, ya se me antoja más discutible, a pesar de que cuente con la simpatía de ilustres hipotecaristas (ROCA, LA RICA, CARRETERO y CAMY, entre otros), con el respaldo de las Resoluciones de 1906 y la actual y, en otro orden paralelo, con la de 25 de mayo de 1971 y, por si fuera poco, con una cierta consagración en el artículo 81, letras a) y b), del vigente Reglamento Hipotecario.

Y digo que resulta más discutible porque no hay una clara explicitación legal del *modus operandi* en las particiones extrajudiciales. Ciertamente si antes dije que la del contador es un relativo trasunto de las practicadas en juicios universales sucesorios, aquél debería guardar el *ordo solutionis* que se trasluce del antes citado artículo 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que remachan los artículos 1.025 a 1.034 del Código, pero cierto también que la protección a hipotéticos acreedores y a supuestamente perjudicados legitimarios se podría arbitrar igualmente, no cerrando el Registro a cualquier acto atributivo aislado mientras no se justifique haber acatado aquel «ordo», sino poniendo a disposición de los perjudicables y abandonando a su iniciativa las armas legales oportunas: promoción de juicio universal de ser posible, impugnación por inoficiosidad, impugnación precisamente por subvertir el orden de pago, etc.

Piénsese que es así, a iniciativa de parte (art. 1.082 del Código Civil), como se estructura la protección de los acreedores cuando menos en los casos ordinarios de partición por los herederos. Y piénsese que en esa misma hipótesis de inexistencia de contador, aunque los legitimarios están amparados por la naturaleza jurídica (*pars bonorum* en general) de su derecho frente a pretendidas particiones unilaterales por los herederos, nada impide que se les pueda perjudicar en todos aquellos supuestos en que los legatarios, igual que los instituidos *in re certa*, están facultados para apropiarse autónomamente de sus atribuciones. Me refiero a las pretendidas excepciones al artículo 885 del Código Civil en que los legatarios

no precisarían de la entrega de la cosa por los herederos y que constituye un tema muy próximo al que ahora me ocupa (19).

En efecto, ROCA SASTRE (20) considera que la necesidad de la entrega como requisito para inscribir a favor del legatario la finca o derecho real inmobiliario legados, cuenta con algunas excepciones, como: 1) Cuando toda la herencia esté distribuida en legados. 2) Cuando lo legado no fuese susceptible de implicación posesoria. 3) Cuando se trate de prelegado. 4) Cuando el legatario ya se hallare en posesión de la finca legada. 5) Cuando el testador haya autorizado al legatario para posesionarse por sí solo de la cosa legada. 6) Cuando por no poseer nadie los bienes haya el legatario obtenido judicialmente su posesión. Y 7) cuando el legado lo sea de usufructo universal. PUIG BRUTAU (21) añade a las anteriores otras dos excepciones: 8) Cuando se trate de un heredero instituido en cosa cierta y determinada en concurso con *heredes ex asse*; y 9) Cuando se trata de cosa legada en pago de la legítima. Y VALLET (22), con más o menos matices, admite ocho de las anteriores excepciones.

Claro que DE LOS MOZOS (23) ha refutado los más significativos de estos casos singulares y que LACRUZ mira con simpatía los esfuerzos de este último afirmando que «*el mantenimiento de la unidad de posesión de la herencia obedece a una importante razón práctica: los legados, aun de cosa cierta, están subordinados, como hemos visto, al pago de las deudas y satisfacción de las legítimas y la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de una masa que, igual que en vida del causante, sirve de garantía a los acreedores, y ahora especialmente a los legitimarios*» (24).

No es este lugar oportuno para analizar, caso por caso, la procedencia de esas pretendidas excepciones. Sólo quiero destacar, además de su imbricación con el tema de nuestra Resolución, que el aceptar sólo uno de esos casos singulares representa una vía de agua para la doctrina en que se cimenta la misma: Si, distribuida toda la herencia en legados determinados, cada uno de los legatarios puede inscribir aisladamente la atribución a su favor (cf. Reglamento Hipotecario: art. 81, *d*), actual), con su consiguiente posible insolvencia ulterior; si lo mismo y con la misma eventual consecuencia puede hacer el instituido *ex re certa*; si, habiendo sólo herederos voluntarios, lo que no excluye la existencia de acreedores, el legatario facultado para autoposesionarse de los bienes puede registrarlos a su nombre; en definitiva, si nos vemos obligados a aceptar una sola de las excepciones que estudian los autores citados, forzoso será concluir que la Resolución que me ocupa, como su predecesora de 1906, como la de 1971, intentan proteger unos intereses legítimos que no lo están, en otras hipótesis, con la idéntica medida del cierre registral (25).

Medítese incluso, ya fuera del artículo 885 (26), sobre el caso de que,

(19) Aunque no lo creyera así TIRSO CARRETERO: *Ob. cit.*, pág. 1467.

(20) *Derecho hipotecario*, 7.ª ed., III, págs. 839 y ss.

(21) *Fundamentos de Derecho Civil*, V-2.º, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1977, págs. 418 a 426.

(22) Por última vez en *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1982, páginas 179 a 182.

(23) «La adquisición de la posesión en los legados», *Anuario de Derecho Civil*, 1962, págs. 865 y siguientes.

(24) *Derecho de Sucesiones*, cit., I, pág. 557.

(25) Quizá por eso se observa en esa Jurisprudencia registral y ahora en el remozado Reglamento Hipotecario un repliegue hacia la protección sólo de los legitimarios, como si la de hipotéticos acreedores, a menudo silenciados u olvidados, no mereciera la misma preocupación y solicitud.

(26) Incidentalmente destaco que el artículo 700 del Proyecto de 1851, precedente directo del actual artículo 885, les reconocía ya a los albaceas autorizados facultades de entrega (para lo que contaba con el antecedente de Partidas 6, 10, 2), citando GOYENA como concordancia la del artículo 1.623 del Código

habiendo legitimarios y acreedores el/los heredero/s voluntario/s insolvente/s se apreste/n a otorgar escrituras de entrega de legados, específicos o no: ¿También ahí vamos a exigir que preceda la partición total para inscribirlas? , ¿o es que, en esta hipótesis, la garantía (?) del artículo 1.003 (27) del Código Civil hace innecesaria la colaboración registral?

Recuérdese también que la citada Resolución de 22 de enero de 1898, que inició el criterio de prescindir de los legitimarios para inscribir particiones unilaterales de contador, no se asustó de que, una vez inscrita la partición, el heredero que hubiese obtenido la rescisión de la misma, quedase expuesto a no poder hacer efectivo su derecho, porque los otros herederos hubiesen enajenado las fincas que les fueron adjudicadas y fuesen insolventes, ya que *«esto mismo acontece en toda clase de actos y contratos inscritos cuando, como ocurre en el presente, no consta en el Registro, la causa de la rescisión, sin que legalmente pueda evitarse semejante perjuicio, so pena de declarar que los contratos no pueden rescindir-se legalmente, siquiera la rescisión no produzca efectos contra terceros que tengan a su vez inscrito su derecho, o que se denegara la inscripción de los actos sujetos a ella mientras los interesados no renuncien ejercitar las acciones rescisorias que les competan, lo cual, en uno u otro supuesto, es absoluta y jurídicamente imposible»*.

El mismo LACRUZ se percata de los flancos vulnerables de la tesis no disgregacionista cuando también reconoce que *«si el testador puede desplazar la posesión de los herederos a un albacea (y a este respecto el artículo 885 in fine es inequívoco), no se ve ya tan claro que no pueda hacerlo a un legatario. A menos que el desplazamiento sólo pueda hacerse a los ejecutores que tienen como misión liquidar la herencia, en atención a ese cometido, y bajo la correspondiente responsabilidad, no sólo frente a los herederos, sino también a los acreedores y legitimarios»* (28).

Y ése, el de la responsabilidad especial del contador desordenado, es quizá el cauce que a mí me parece más adecuado para componer los intereses en juego, puesto que en ningún momento he afirmado que no se hayan de pagar antes los créditos que las atribuciones sucesorias, las legítimas antes que los legados voluntarios y, aun dentro de éstos, los no preferentes antes que los preferentes. Lo único de que me he permitido dudar es de si el Registrador debe presumir que el comisario que ejecuta un acto aislado de entrega, está vulnerando, consciente o inconscientemente, el *ordo solutionis* a que antes me refería; en otras palabras, lo que me cuestiono es si el Registro se debe convertir en un control *ex officio*, circunscrito a inmuebles, de la regularidad cronológica en las liquidaciones sucesorias, regularidad que en otros muchos supuestos de inconclusa registración, escapa a la cognición limitada del calificador. En definitiva, si, al

de la Luisiana. El Anteproyecto, en cambio, sólo preveía que la entrega la pudiese efectuar el heredero, a pesar de citar como modelos, a más del artículo 700 del Proyecto isabelino, el artículo 3.609 del Código mejicano, que, curiosamente, sólo imagina la entrega (¿influencia anglosajona?) por albacea o executor especial. Es indudable que la reintroducción a última hora del albacea facultado fue plenamente consciente y de que, en todo caso, el precepto nunca se armonizó con otras hipótesis singulares como las de los artículos 1.057, 831, 891, 1.020-1.026, etc.

(27) Cada día más cercado y reducido, pues además del artículo 138 de la Compilación aragonesa y de la Ley 318 de la navarra y de los tradicionales supuestos de los artículos 957, 992 y 1.021, hoy se añaden el del artículo 166, párrafo segundo (cuyo famoso inciso «en todo caso» y con base precisamente en los antecedentes legislativos —enmienda senatorial núm. 85 de UCD— yo lo interpreto más latamente —en todo evento, preceda o no intento de repudiación—, que Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., pág. 657), y el del artículo 995, que con otra fórmula excluye de responsabilidad al patrimonio normalmente más cuantioso (aunque también podría reconducirse el caso al art. 1.373).

(28) *Ob. cit.*, pág. 558, nota 12 *in fine*.

igual que respecto de los actos de la Administración Pública, hay que presumir que los del comisario-contador, aun aislados, son inicialmente legítimos o se debe presumir en ellos un (estadísticamente infrecuente) principio de fraude.

Soy consciente de que mi razonamiento me lleva demasiado lejos en la dogmática de la sucesión (29) y de que aduzco hipótesis cuya exposición requeriría mucho más detenimiento que el aconsejable en un simple comentario. Por eso, para concluir, casi diría, para cortar en seco, una disgresión de impredecibles proporciones, me limitaré a recoger una cita y a formular una observación.

Aquella la extraigo, una vez más, de JUAN VALLET, quien, como colofón a su estudio de las excepciones al artículo 885, sentencia con su autoridad indiscutible: «Es cierto que, como considera la citada Resolución de 19 de noviembre de 1952, la intangibilidad de las legítimas pudiera ser perjudicada y que el heredero sucede al causante no sólo en sus derechos, sino en sus obligaciones, por lo cual algunos autores —DE LOS MOZOS, LACRUZ— han argüido que la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de una masa que sirve de garantía a los acreedores y especialmente a los legitimarios. Pero no nos parece razón suficiente, pues —aparte de que acreedores y legitimarios tienen medios legales para asegurar su derecho— nadie duda de que el testador efectúa también esa dispersión —sin que nadie le oponga esos reparos— a través de la partición testamentaria que admite el artículo 1.056 del Código Civil. Por otra parte, no se puede prejuzgar en contra de una solución, por unos posibles abusos o fraudes, sino tratar de contrarrestarlos con medidas positivas, en el caso de que efectivamente se pretendieren, sin cerrar las puertas con medidas negativas, por meras hipótesis de que pudieran producirse tales abusos o fraudes» (30).

La observación: En nuestro caso el causante falleció en 1965. La protección *ex officio* por la Dirección (ni siquiera por el Registrador) del hipotético derecho de los herederos forzosos, singularmente de la hija no mejorada, se desarrolla quince años más tarde, casi al borde de la prescripción (art. 1.964) de cualquier posible reclamación por lesión legítima *in testamento*. ¿No parece que se ha desorbitado el amparo hacia una(s) persona(s) que, hasta ese momento, ha(n) descuidado impugnar la última voluntad de su causante (de haber base para ello), instar la división por el contador, o, ulteriormente, la *actio communi dividundo*?

(29) Un tratamiento serio del tema, para el que no me siento con fuerzas ni preparación, exigiría abordar mil extremos, como: 1.º La evolución del fundamento de la necesidad de la entrega de legados específicos por los herederos, que si antaño (y aún hoy en algunos autores como ALBALADEJO: *Comentarios...*, cit., págs. 311 y ss.) estaba motivado por la posesión civilísima que ostentaban aquéllos (e histórica y foralmente también por la protección de la cuarta falcidia: Resolución de 4 de febrero de 1880), hoy parece basarse más bien, o por lo menos además, en su responsabilidad frente a acreedores y legitimarios. 2.º Si la herencia, aún no beneficiada, constituye un patrimonio separado afecto a especiales cargas (cuestión magistralmente estudiada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en *La herencia y las deudas del causante*, T.P.C.D.C., tomo 61, vol. 1.º, Madrid, I.N.E.J., 1967) y modo de asegurar esa afección en diversos supuestos como el de contador o el de cónyuge mejorante-distribuidor (art. 831), etcétera. 3.º Si el artículo 28 de la Ley Hipotecaria protege sólo al *verus heres* frente al heredero aparente o si hoy podría, una vez que se despejase el enigma de su tercero, amparar también las reclamaciones bienales de acreedores y legatarios postergados, para lo que el *dies a quo* que señala el precepto resulta más idóneo que para resolver la colisión entre herederos. 4.º La solución de los Derechos extranjeros, donde, asomándome sólo al italiano, compruebo (art. 649, terzo comma, del Codice) que el legatario debe pedir siempre al *gravado* (subrayo este sujeto pasivo) la posesión de la cosa legada incluso cuando haya sido expresamente dispensado de ello por el testador, pero donde se solventa también (art. 707) la cuestión de la posesión entre el heredero y el ejecutor testamentario con facultad partitiva (art. 706), al que, por ese dato, dudo en traducirlo por contador-partidor. Etc., etc.

(30) *Panorama...*, cit., pág. 182.

IV. Y van las dos palabras que prometí sobre el nuevo artículo 81 del Reglamento Hipotecario (31) circunscritas a los legados de inmuebles determinados del primer párrafo (los de inmuebles no determinados del último párrafo no constituyen novedad) (32):

— La hipótesis *a)* —escritura de manifestación de legado— recoge la doctrina de la Resolución de 25 de mayo de 1971, antes resumida, que matizó la anterior solución de la sentencia de 26 de octubre de 1928. La exigencia de que no existan legitimarios ya he dicho que me parece discutible y, desde luego, inaplicable en Cataluña (donde regirá, sin más, el artículo 222 *in fine* de su Compilación) y en Navarra (idem: Ley 243).

— La hipótesis *b)* —escritura de partición o de aprobación y protocolización— imagina la actuación unilateral del contador, a quien considera facultado *per se* para entregar legados, siempre, al parecer, que simultáneamente reparta el íntegro caudal, pues así cabe deducirlo del envase en que debe contenerse la asignación que es, como he dicho, una escritura de partición de herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales. Este apartado *b)* constituye, parece, la cristalización normativa de la Resolución de 1982.

— Y, en fin (porque la letra *d)* tampoco es nueva), la hipótesis *c)* —escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado o heredero— supone siempre una actuación bilateral que, como observa RUEDA, imposibilita la ulterior repudiación del legado. Sólo que aquí el texto reglamentario ha olvidado el requisito de la previa o simultánea partición por el Contador (y también por los herederos): ¿Qué pensar de esa omisión? ¿Cabe integrarla con el recurso al apartado *b)* y al reproducido párrafo de la Exposición de Motivos? ¿Se debe, por el contrario, reinterpretar desde ella la noción de «escritura de partición y de aprobación y protocolización» del apartado *b)*, de suerte que la doctrina de la presente Resolución ha quedado desautorizada por el nuevo Reglamento y la referencia a legitimarios de su Preámbulo se debe entender dirigida exclusivamente a la hipótesis *a)* o como un voluntarioso canto de cisne? Ni qué decir tiene que esta última sería la orientación a la que, en mi modesta opinión, debería dirigirse la jurisprudencia futura, aunque, hoy por hoy, no es la más segura de aplicar en la práctica.

(31) Bien estudiado en unas notas, todavía inéditas, por mi buen amigo y Notario MANUEL ANGEL RUEDA PÉREZ, quien ha tenido la gentileza de proporcionármelas.

(32) Recuerdo que reza así el citado artículo: «La inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de:

a) Escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios y aquél se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada.

b) Escritura de partición de 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.

c) Escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos.

d) Solicitud del legatario cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador-partidor, ni se hubiere facultado al albacea para la entrega.

Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los que no sean de inmuebles determinados se inscribirán mediante escritura de liquidación y adjudicación otorgada por el contador-partidor o albacea facultado para la entrega o, en su defecto, por todos los legatarios».