

Inscripción de la partición conjunta de contador y herederos y de la partición de contador con la aprobación de los herederos o con intervención de éstos a otros efectos*

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *Realidad práctica de la partición conjunta de contador y herederos:* 1. Supuestos prácticos de partición conjunta.—2. El problema de la exclusión del contador por acuerdo unánime de los herederos y su repercusión en la frecuencia de la partición conjunta: a) Postura clásica o tradicional. b) Posición de GONZÁLEZ PALOMINO y de LACRUZ interpretando la presumible voluntad del testador. c) Posición que permite a los herederos prescindir de la voluntad del testador. d) La postura matizada y dubitativa de ALBALADEJO. e) Nuestra postura.—III. *Viabilidad legal de la partición conjunta: dificultades y superación de las mismas.*—IV. *Clases de partición conjunta:* 1. Clasificación por la forma de expresión: aparente y encubierta.—2. Clasificación por el momento de conjunción de actuaciones: simultánea y sucesiva.—3. Clasificación atendiendo a los herederos que participan: de todos y de algunos de los herederos con el contador.—4. Clasificación atendiendo al grado de actuación conjunta de contador y herederos: total y parcial.—V. *Naturaleza jurídica de la partición conjunta de contador y herederos:* 1. Teoría de la asimilación de la partición conjunta a la partición exclusiva de contador.—2. Teoría acumulativa.—3. Teoría de la aproximación de la partición conjunta a la partición de herederos. Nuestra postura.—VI. *Consecuencias prácticas de la aproximación de la partición conjunta a la partición de herederos en cuanto a normativa aplicable.*—VII. *Elementos para la caracterización de la partición como conjunta:* 1. Realización conjunta de la partición. Posición de la Dirección.—2. Basta que realicen conjuntamente la partición el contador y algunos de los herederos, aunque no intervengan todos, para la calificación de la partición como conjunta, aunque defectuosa.—3. Basta que la realización conjunta se refiera a alguna operación partitional, aunque el contador haya realizado por sí solo

(*) Este trabajo es una aportación al Centro Regional de Derecho Hipotecario de Andalucía Occidental. El día 23 de mayo de 1976 se expusieron las líneas fundamentales del mismo en Córdoba.

las restantes.—VIII. *Confrontación de estos elementos de caracterización de la partición conjunta en supuestos especiales*: 1. Partición de contador con intervención de los herederos para subsanar la preterición padecida en el testamento.—2. Partición simultánea de dos herencias por el contador de una de ellas y por los herederos de ambas con adjudicaciones *in totum revolutum*.—3. Partición de herencia por el contador formalizada simultáneamente con donación del viudo a hijos comunes, produciéndose adjudicaciones *in totum revolutum* por los títulos de donación y herencia.—IX. *Estudio de la partición de contador con aprobación de los herederos y de los distintos significados de esta aprobación en relación con la partición conjunta*.—X. *Partición exclusiva de contador con aprobación de los herederos*: 1. Significado de la aprobación de los herederos en este supuesto.—2. Naturaleza de la partición en este supuesto.—3. Consecuencias prácticas.—XI. *Partición que aparentemente está realizada por contador con aprobación de los herederos, pero que encubre una partición conjunta de contador y herederos*.—XII. *Partición de contador excediéndose de sus facultades con aprobación de los herederos*.—XIII. *Partición de contador incapaz o inhábil con aprobación de los herederos*.—XIV. *Partición de contador fuera de plazo con aprobación de los herederos*: 1. Teoría de la prórroga tácita. Postura de la Dirección.—2. Teoría de la ratificación de los herederos.—XV. *La partición exclusiva de contador con intervención de los herederos a otros efectos no relacionados con las operaciones particionales*: 1. La aceptación de la herencia por los herederos.—2. La intervención de los herederos en el inventario al ser citados por el contador en el caso previsto por el párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código civil.—3. La intervención de los herederos en el inventario para obtener ciertos beneficios en algunas regiones forales.—4. La intervención de algún heredero al único objeto de solicitar del contador la realización de la partición.—5. La intervención de los herederos en la escritura de partición para otorgar actos distintos de los particionales.—6. La intervención para liquidar previamente la sociedad conyugal.—7. Partición simultánea de dos herencias.—XVI. *La actuación del Notario y del Registrador ante la intervención conjunta de contador y herederos en la escritura*: 1. La actuación del Notario.—2. La actuación del Registrador.

I. PLANTEAMIENTO

Junto a la partición realizada exclusivamente por el contador, a la que se refiere el artículo 1.057 del Código civil, y al lado también de la partición otorgada exclusivamente por los herederos, contemplada en el artículo 1.058 del Código civil, no cabe desconocer la existencia en la práctica y la viabilidad legal de la partición conjuntamente realizada por el contador y los herederos, en la que aquél comparte sus funciones con éstos, dando lugar a una figura que podríamos llamar *partición conjunta o compartida*. Esta clase de partición conviene relacionarla y diferenciarla de la partición exclusiva de contador con aprobación de los herederos o con intervención de éstos a otros efectos distintos de los estrictamente particionales.

Por tanto, vamos a estudiar tres figuras:

- La PARTICION CONJUNTA de contador y herederos.
- La PARTICION DE CONTADOR CON APROBACION DE LOS HEREDEROS.
- La PARTICION EXCLUSIVA DE CONTADOR con intervención de los herederos en la escritura a efectos distintos de la partición.

Figuras de partición éstas que deben ser del interés de Notarios y de Registradores especialmente, porque la influencia de dichos funcionarios en la delimitación de esas variadas y complejas formas de partición es importante, como lo demuestra la existencia de numerosas resoluciones de la Dirección General en las que se han planteado y resuelto las cuestiones que las mismas producen.

II. REALIDAD PRACTICA DE LA PARTICION CONJUNTA DE CONTADOR Y HEREDEROS

Estudiaremos en primer lugar, a través de sucesivos epígrafes, la partición conjunta. Empezaremos diciendo que no es una mera hipótesis de laboratorio, sino que, por una u otra razón, aparece en los títulos inscribibles y creemos que seguirá dándose en la práctica notarial y registral, aunque reconocemos que no es una figura muy extendida en los documentos, y también que su frecuencia puede venir condicionada o limitada por la solución que se dé al problema de la posible exclusión del contador por la actuación unánime de los herederos. Veamos, pues, los supuestos prácticos de partición conjunta otorgada en un título inscribible y su relación con el problema apuntado de la necesidad o no necesidad de la actuación del comisario.

1. SUPUESTOS PRÁCTICOS DE PARTICIÓN CONJUNTA.

a) Unas veces, las más de las veces, aparece esta figura en cuadernos privados de partición debido a una imprecisa delimitación de las funciones de los firmantes del documento. Cabe imaginar que en el pensamiento de los firmantes quizá no siempre se haya querido articular una partición conjunta de contador y herederos, pero lo cierto es que así resulta de muchos cuadernos particionales, en los que consta que han practicado las diferentes operaciones el contador en unión de los herederos. Ante esta declaración terminante u otra similar surge, ineludible-

mente, a efectos registrales, la partición conjunta, sin que quepa ya desconocer su existencia ni tratar de transformarlas *a posteriori*, en el momento de la protocolización o aprobación, en una participación exclusiva de contador, pues atentaría al principio de los actos propios.

Para explicar este supuesto de partición conjunta, baste recordar lo que dice RUIZ ARTACHO: «Son variadísimas, en verdad, las prácticas participacionales seguidas por Abogados, Notarios y demás técnicos, cada una de las cuales pone de relieve el mejor o peor estilo de sus autores» (1). Pues bien, añadimos nosotros, una de esas prácticas es la actuación conjunta de contador y herederos en la partición, sin precisar la distinta eficacia de su intervención, limitándose a expresar que todos realizan y firman la partición de la herencia.

b) Otras veces la partición conjunta surge o puede surgir como figura intencionadamente querida por los otorgantes, al haber sido articulada así, de modo consciente, por el funcionario autorizante del documento. Hay que reconocer que en la práctica los Notarios no se suelen atrever a decir de forma categórica que las operaciones participacionales han sido practicadas de forma conjunta por contador y herederos. Ello puede deberse a la creencia de que tal modalidad de partición no es viable legalmente, o bien a la tendencia a huir de ciertos requisitos que llevaría consigo tal partición conjunta. Pero la viabilidad legal de la partición compartida luego veremos que debe quedar fuera de duda. Y en cuanto a la necesidad de cumplir ciertos requisitos esa modalidad de partición, aunque efectivamente es así, no hay que olvidar que en ciertos casos puede ser la única forma adecuada de resolver algunos problemas de la partición de contador.

En este sentido, la partición conjunta puede predicarse como fórmula aconsejable en los siguientes casos:

— Cuando el contador se ha extralimitado o se va a extralimitar en sus facultades es imprescindible la intervención en la partición, junto con él, de todos los herederos, para que la partición realizada o la que se pretende realizar tenga validez. Así, la resolución de 10 de enero de 1903, en un caso en que el contador adjudicó los bienes de la herencia a unos herederos, imponiéndoles la obligación de satisfacer el exceso en metálico a otro heredero, sin ser indivisibles los bienes, no admite la inscripción del documento y parece reconocer la figura de la partición conjunta como forma de resolver la extralimitación de facultades del comisario, pues dice: «No puede prescindirse de que tal consentimiento (el

(1) RUIZ ARTACHO: «Partición de herencia por comisario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 287, abril 1952, pág. 243.

de los herederos) conste en legal forma cuando el contador partidor verifica actos que no sean de verdadera partición». Otro ejemplo puede ser el caso en que el contador pretenda realizar por sí mismo la conmutación del usufructo del cónyuge viudo en alguna de las modalidades previstas por el artículo 839 del Código civil, cosa que no es admisible si no intervienen conjuntamente los herederos en la partición (2).

— Cuando en el testamento ha habido preterición de algún heredero, una forma de solucionar ese defecto de preterición sin recurrir a la declaración de herederos consiste en formalizar la partición interviniendo el contador en unión de todos los posibles interesados. Así se desprende de la resolución de 14 de agosto de 1959, de la que luego nos ocuparemos.

— Cuando el Notario autorizante del documento tenga dudas o estime que van a tenerlas otros funcionarios en su día, respecto a la legitimación o capacidad del comisario (ejemplo: ¿puede ser comisario el legatario de parte alícuota?) (3), o acerca de si dicho comisario se ha excedido en su actuación [ejemplos: ¿puede adjudicar el metálico a un heredero y los bienes inmuebles a otros? (4), ¿puede prescindir de la desheredación establecida en el testamento sin expresión de la causa? (5), ¿puede liquidar junto con el viudo la sociedad conyugal sin intervención

(2) En este sentido, ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, que dice al tratar de la relación entre conmutación y partición hereditaria lo siguiente: «¿Quid de las facultades de los contadores-partidores? Creemos que no cabe que ellos decidan por sí solos la conmutación. Es facultad que se asigna a los herederos. Salvo que éstos aprueben la efectuada por ellos. Su consentimiento es necesario». Deja a salvo la posibilidad de efectuar la conmutación cuando lo haya impuesto el testador. («La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XVII, fascículo II, julio-septiembre de 1964, pág. 605.)

(3) La Resolución de 30 de junio de 1956, en un supuesto de contador-partidor que era legatario de usufructo de parte alícuota, estima que puede serlo por ser la norma del artículo 1.057 del Código civil prohibitiva y, por lo mismo, de interpretación restrictiva, y, además, ser el legado de usufructo «un ius in re aliena de índole temporal» (*Jurisprudencia registral* de ROCA-MOLINA, tomo IX, pág. 449). En cambio, LACRUZ, que parte de una interpretación amplia de la palabra «heredero» en el artículo 1.057, comprensiva del legatario de parte alícuota, considera el criterio de esa resolución como «probablemente erróneo» (*Derecho de Sucesiones*, I, 1971, pág. 236, especialmente nota 6).

(4) Se ocupa de este problema, derivado del artículo 1.061 del Código civil, LACRUZ (*ob. cit.* en nota anterior, pág. 239).

(5) La Resolución de 30 de abril de 1906 no permite que el contador haga las adjudicaciones prescindiendo de los derechos del cónyuge viudo, a pesar de la desheredación contenida en el testamento, pues era necesario que hubiese existido alguna de las justas causas de desheredación (*Jurisprudencia registral* de ROCA-MOLINA, tomo IV, pág. 51). Por tanto, parece que la Dirección estima que el contador no debe tener en cuenta la desheredación en tal caso (así la interpreta BUENAVENTURA CAMY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 1.ª ed., tomo III, pág. 339). Pero, para prescindir de tal cláusula, ¿debe contar con los herederos? La resolución también prevé como solución que el contador espere al resultado del pleito de separación existente entre los cónyuges.

de los herederos?] o acerca de si ha transcurrido o no el plazo de su encargo [ejemplo: el contador que alega que ha tenido conocimiento de su nombramiento después de pasar seis años desde el fallecimiento, aun viviendo en el mismo pueblo que los herederos (6)]. En todos estos casos el problema puede solucionarse eludiéndolo, si intervienen todos los herederos en unión del contador. Claro que, en principio, no aconsejamos esta forma de proceder, pues puede revelar cierta pereza o inercia intelectual. Pero, en ocasiones, la acumulación de trabajo puede abrumar en un momento dado al funcionario autorizante, y el problema tiene esa fácil solución si no tienen inconveniente en intervenir conjuntamente los herederos y el contador.

— Cuando son los propios interesados los que quieren que se formalice la partición de forma conjunta, el Notario no tiene otra alternativa que esa modalidad de partición. Piénsese en el caso de que los contadores, a pesar de querer realizar la partición, quieren evitar responsabilidades o críticas de los herederos. En tal supuesto, la firma conjunta de las operaciones particionales es una fórmula aconsejable.

— Incluso cabe imaginar que sea el propio testador el que haya previsto esa actuación conjunta o compartida de contador y herederos. Así, según GONZÁLEZ PALOMINO, su cláusula testamentaria de «no estorbar», que ahora veremos, tiene dos partes, y la primera, según él, «permite la actuación concurrente de comisarios y de coherederos» (7).

2. EL PROBLEMA DE LA EXCLUSIÓN DEL CONTADOR POR ACUERDO UNÁNIME DE LOS HEREDEROS Y SU REPERCUSIÓN EN LA FRECUENCIA DE LA PARTICIÓN CONJUNTA

Aunque este otro problema es distinto del de si cabe partición conjunta, no hay duda de que la solución que se dé al mismo repercute de algún modo en el problema que estamos examinando. Decimos que son cuestiones distintas: en un caso se trata de saber si pueden los herederos, por acuerdo unánime, partir la herencia por sí solos prescindiendo del comisario; en otro caso, se trata de resolver si los herederos pueden practicar la partición de una forma conjunta o compartida con el contador.

(6) La Dirección General contesta a este problema en relación con el Registro, negando al Registrador facultades de calificación respecto al cómputo del plazo a partir del día en que el contador expresa que tuvo conocimiento del nombramiento (Resoluciones de 3 de julio de 1926 y 12 de abril de 1951). Pero consideramos conveniente que se dé una explicación en la escritura de la causa del desconocimiento del nombramiento hasta una fecha tan tardía y, a ser posible, que comparezcan los herederos, a fin de evitar la impugnación de la partición del contador.

(7) GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios jurídicos de Arte Menor*, 1964, vol. II, página 294.

Pero también hemos dicho que la solución del primer problema puede producir una incidencia o influencia en la frecuencia de la partición conjunta en la práctica. No es que necesariamente produzca esa influencia, pues aunque se admita que los herederos pueden prescindir del comisario, podría seguir dándose en la práctica la partición conjunta de contador y herederos. Pero, lógicamente, aquel problema tiene que repercutir en el tema que estamos examinando, pues si se admite que los herederos pueden prescindir del comisario, todos esos casos de preterición, extralimitación de facultades o de duda sobre legitimación y plazo del comisario podrían resolverse sin necesidad de recurrir a la figura de la partición conjunta, interviniendo en la escritura todos los herederos sin el contador. Y viceversa, si se entiende que no se puede prescindir del comisario, dentro del plazo de su encargo, entonces cobrará mayor importancia la partición conjunta en los supuestos anteriormente citados.

Por ello, conviene dedicar unas líneas a este problema de si los herederos pueden excluir al comisario nombrado por el testador, antes de continuar nuestro estudio sobre la partición conjunta.

Existen varias posturas sobre dicho problema, que exponemos a continuación:

a) *Postura clásica o tradicional: necesidad de la intervención del comisario.*—Según esta postura, que debe considerarse dominante, los herederos no pueden prescindir del comisario mientras esté vigente su mandato. Se citan en este sentido la resolución de 22 de octubre de 1897 (8) y ciertos matices de la sentencia de 19 de febrero de 1962 (9). Entre los autores pueden citarse, como más recientes: GARCÍA-MONGE (10), pues, aunque este autor permite la actuación de los herederos sin el comisario, es a condición de que luego éste preste su aquiescencia a la partición realizada por aquéllos, lo cual sólo se explica partiendo del principio de la necesidad de intervención del comisario; por su parte, ALFONSO DE Cossío se expresa así: «Cabe preguntarse cuál sea la eficacia de la partición practicada por los herederos por acuerdo directo entre ellos, existiendo un contador partidario testamentario que esté dispuesto a realizarla él. Aunque parecería lógico el admitir que en tal supuesto, divididos los bienes por los interesados en la herencia, el contador partidario estuviera obligado a aceptar la distribución hecha por los herederos, que será lo más frecuente, no creemos, sin embargo—termina diciendo—que, dados los términos en que el Código civil se manifiesta, sea posible privarle por

(8) Puede verse esta Resolución en *Jurisprudencia Civil*, tomo 82, núm. 114, página 564.

(9) *Aranzadi*, núm. 1.096, pág. 710, año 1962.

(10) GARCÍA-MONGE y MARTÍN, «La partición de la herencia», *Revista de Derecho Privado*, año 1963, págs. 139 a 143.

este medio de las facultades que le fueron atribuidas por el testador» (11). Sin perjuicio de volver luego sobre esta tesis, cuando exponamos nuestra opinión, baste decir ahora que, efectivamente, el artículo 1.058 del Código civil es un buen argumento en favor de esta postura, pues sólo prevé la actuación de los herederos en la forma que tengan por conveniente «cuando el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esa facultad».

b) *Posición de GONZÁLEZ PALOMINO y de LACRUZ interpretando la presumible voluntad del testador.*—Ambos autores vienen a defender, de forma más o menos terminante, que los herederos pueden prescindir por unanimidad de la intervención del comisario. Pero sus argumentos, obtenidos a través de una presunta y, por lo mismo, artificiosa interpretación de la voluntad del testador, no son convincentes.

GONZÁLEZ PALOMINO (12), después de ocuparse del supuesto de heredero único, que ahora no nos interesa, dice lo siguiente en relación con el caso de existencia de varios herederos: «Me parece, además, extrañísimo que nadie se haya atrevido a sustentar una tesis que a mí me parece de toda evidencia, en contra de la común y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina cerrada de la Dirección General. Y es la de que aun *habiendo* no ya uno solo sino muchos herederos, y *comisario partidario* testamentario que haya aceptado su cargo y esté en pleno plazo de ejercicio de sus funciones, *es posible y válida la actuación participacional* de los herederos, si todos están de acuerdo en partir y en cómo partir, *nemine discrepante*. Más aún: que en tal caso *es válida la actuación de los coherederos y no la del comisario*». Y en defensa de su tesis aduce su experiencia como Notario en relación con la *voluntad real* de los testadores, que es la de hacer el nombramiento de comisarios *en interés de sus herederos, pero jamás en interés del comisario*. No obstante, dada la posición general de la Dirección, y para evitar que se defraude la voluntad real de los testadores por una interpretación de laboratorio, inventa y pone en circulación su cláusula de no estorbar, de sobra conocida (13).

(11) Cossío, *Instituciones de Derecho Civil*, 1957, tomo II, pág. 999.

(12) GONZÁLEZ PALOMINO, *ob. y tomo cit.* en nota 7, pág. 291.

(13) Este es el texto de dicha cláusula, según su autor: «Los nombramientos que anteceden los ha hecho en interés de sus herederos, quienes podrán ejercitar unánimemente todas y cada una de las funciones y facultades expresadas. Y si notificaren formalmente a los nombrados su común acuerdo de actuar por sí, quedarán aquéllos en suspenso en el ejercicio de las funciones y facultades conferidas, y dejarán de correr los plazos de caducidad de las mismas, mientras la unanimidad de los herederos subsista» (*ob. cit.*, pág. 293). En la práctica actual aparece otra cláusula de no estorbar que expresa que los contadores nombrados sólo entrarán en el desempeño de su cargo en el caso de que los requiriese para ello algún interesado.

Aunque es indudable la validez de esta cláusula de no estorbar, y aunque la posición general de GONZÁLEZ PALOMINO podría ser aconsejable *de iure condendo*, lo cierto es que en el derecho constituido no conviene prescindir del comisario nombrado en el testamento, salvo en ese supuesto de la cláusula de no estorbar en que aparece clara la voluntad del testador acerca de la subsidiariedad de actuación del comisario.

La postura de GONZÁLEZ PALOMINO tiene estos inconvenientes:

1.º Que no es apropiado tratar de interpretar el testamento basándose en una voluntad general presuntamente (14) obtenida por la experiencia, pues es un elemento de interpretación extrínseco, que no tiene apoyo legal. Si la cláusula de nombramiento de comisarios es escueta, no cabe presumir que se hizo con el signo de la subsidiariedad, sino que, ante el silencio del testamento, habrá que recurrir a los textos legales sobre la materia. En cambio, resulta peligroso generalizar la voluntad real de los testadores, pues ello supone desconocer la complejidad de la mente de las personas, que no siempre pretenden lo que, con toda seguridad, imagina GONZÁLEZ PALOMINO. Por mi parte, conozco casos, sean o no excepcionales, en que el testador hizo el nombramiento de comisario bajo la idea, no expresada en el testamento, de que no podía ser excluido por los herederos. Y esto nos basta para no pretender una peligrosa generalización, obtenida por la discutible vía de las presunciones derivadas de la experiencia.

2.º Por otro lado, GONZÁLEZ PALOMINO no alude para nada al terminante artículo 1.058 del Código, del que resulta la subsidiariedad de actuación de los herederos en relación con el comisario.

3.º En fin, la invención y divulgación de la cláusula de no estorbar dará lugar, cuando exista, a la solución de GONZÁLEZ PALOMINO, pero cuando no aparezca en el testamento dará pie para pensar como más aceptable la solución contraria a la de dicho autor, pues si, como parece, está ya muy divulgada y conocida, el no recogerla el testamento supone, por vía de presunción, siguiendo ahora el mismo argumento de GONZÁLEZ PALOMINO, que no se ha querido expresar.

Otro autor que defiende abiertamente la postura de GONZÁLEZ PALOMINO, sin referirse a la cláusula de no estorbar, sino partiendo exclusivamente de la voluntad del testador y de la interpretación del Código, es LACRUZ. Dice este autor: «Siendo el comisario un arbitrador im-

(14) En otro lugar, GONZÁLEZ PALOMINO dice que «la voluntad del testador, expresa o tácita, es la ley suprema» (de la sucesión). A lo que contesta VALLET DE GORTISOLO, acertadamente: «si se diferencia el adjetivo *tácito* del otro calificativo *presunto*, puede aceptarse esta afirmación» (citados por PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. II, 1963, pág. 213).

puesto por el causante a los coherederos para evitar litigios y cuestiones en la división, y sobre todo la división judicial, parece claro que éstos, por acuerdo unánime, pueden eliminar su intervención. Incluso puede ocurrir que ellos deseen permanecer en la indivisión». Y después de decir que la jurisprudencia no acepta esa solución, encastillada en su asimilación entre los artículos 1.056 y 1.057, señala que «la tesis jurisprudencial olvida, a su entender, que el nombramiento de comisario es, en la mente del causante, un medio para alcanzar el fin de una partición equitativa y sin litigios. El testador no ha querido imponer a los herederos una determinada fórmula de reparto de bienes—por eso no ha hecho él la partición—, ni piensa tampoco que el comisario es un taumaturgo que hallará mejor que él mismo la fórmula feliz que dé a cada uno lo suyo... aun contra su voluntad. El testador sabe que cuanto haga el comisario lo pueden deshacer al día siguiente los coherederos con sólo pagar doble impuesto de transmisión de bienes, y no pretende que, a toda costa, se produzca esa doble serie de adjudicaciones, como castigo por haber rectificado la voluntad del comisario. El testador *lo único* que pretende es que el caudal relicto se reparta en paz, y con arreglo a las conveniencias de los interesados, y para eso, pero sólo para eso, adopta la medida que le permite el artículo 1.057 del Código civil» (15).

Nosotros aceptamos esta postura *de iure condendo*, como después veremos, pero *de iure conditio* insistimos en que no es convincente basarse en la presunta voluntad del testador para permitir la exclusión del comisario por los herederos. Como hemos dicho en relación con la postura de GONZÁLEZ PALOMINO, nos parece arriesgado imaginar como único pensamiento del testador ese que señala LACRUZ. Tampoco convence decir que no quiso imponer a los herederos una determinada fórmula de reparto de bienes al nombrar comisario y que «por eso no ha hecho él (el testador) la partición». Frente a esto puede pensarse que si no hizo el testador la distribución, pudo ser por evitar un reparto prematuro, teniendo en cuenta las oscilaciones de valor de los bienes o por otra causa. En cuanto al argumento de que el testador sabe que cuanto haga el comisario lo pueden deshacer al día siguiente los herederos con sólo pagar doble impuesto de transmisión de bienes, se olvida que ese nuevo acto jurídico puede exigir ciertos requisitos que lo dificulten (autorización judicial del artículo 164 para ventas o permutas). Además, no se trata propiamente de «deshacer», sino de hacer un nuevo acto jurídico, con todas sus consecuencias.

A continuación, LACRUZ se encara con el artículo 1.058 del Código civil, diciendo: «Ciertamente, interpretado de modo literal, parece excluir

(15) LACRUZ, *ob. cit.* en nota 3, págs. 240 y 241.

el contrato de división entre coherederos cuando hay nombrado comisario». Y considera que la alusión al comisario en el citado artículo es un residuo de cuando en el proyecto de 1851 podía partir la mayoría absoluta, cuyo poder quedaba evidentemente excluido por el contador, del mismo modo que la partición judicial, que también mencionaba el precepto.

Frente a esta idea del artículo 1.058 del Código civil hay que decir que no convence, porque lo cierto es que el artículo, sea un residuo o no, está ahí, y a él hay que atenerse mientras no se reforme, pues su letra es clara y terminante. Obsérvese que no se trata de una interpretación literal, sino de la única posible a la vista del texto de la ley: que existiendo contador, los herederos no pueden partir como tengan por conveniente, excluyendo al contador. La prueba es que LACRUZ no nos ofrece otra interpretación de dicho artículo en sustitución de la que llama interpretación literal, sino que en el fondo pretende borrar lo que dice tal artículo.

No obstante, LACRUZ sigue insistiendo en lo «absurdo de la interpretación literal del artículo 1.058», y cree que ello, unido a su génesis, bien puede llevar «a anteponer el acuerdo unánime de los herederos a la voluntad del comisario».

Por último alude a la opinión de GONZÁLEZ PALOMINO, diciendo que «la voluntad real de los testadores es la de hacer un nombramiento de comisario en interés de sus herederos» y que «jamás» la voluntad de aquéllos es nombrar comisario «en interés de él mismo». Creemos que continúa excediéndose LACRUZ en sus razonamientos, pues no imaginamos el supuesto de que el comisario actúe en su propio interés, sino teniendo en cuenta los deseos de su mandante, e incluso, en interés de los herederos, frente a la posibilidad de influencias de los unos sobre los otros.

Por tanto, toda la argumentación de estos autores cae por su base desde el momento en que se funda en cábalas y seguridades acerca de lo que es totalmente desconocido en el caso concreto, como es la verdadera voluntad de cada testador sobre la necesidad o no de intervención del comisario.

c) *Posición que permite a los herederos prescindir de la voluntad del testador.*—Los autores anteriores se basan en la voluntad presunta del testador para defender que puede prescindirse del contador. Ahora vamos a contemplar un posible fundamento antitético en defensa de ese mismo resultado, consistente no en la voluntad del testador, sino en la posibilidad de que los herederos, de común acuerdo, puedan prescindir de la voluntad del testador. Y es que si se estima que el contenido del testamento puede ser excluido por la voluntad unánime de los herederos, lógica consecuencia de ello será entender que pueden también prescindir del contador-partidor nombrado en el testamento.

Se cita (16) la sentencia de 28 de enero de 1964 (17) como reveladora de la libertad de los herederos respecto a seguir o no lo dispuesto en el testamento. Ciertamente, en esta sentencia se lee la referencia a la doctrina jurisprudencial de la Sala en el sentido de que «para reclamar bienes hereditarios no es suficiente atenerse a la rígida y absoluta voluntad del testador, pues si bien los herederos deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos, pueden, sin embargo, de común acuerdo, prescindir de sus disposiciones y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto—lo que en el caso aconte—de personas que puedan válidamente atacarla».

Sin embargo, esta sentencia no es decisiva para apoyar, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, la tesis de que los herederos pueden libremente prescindir del contador-partidor nombrado en el testamento.

En este sentido, conviene hacer las siguientes puntualizaciones:

1.ª No siempre los herederos pueden desvirtuar el contenido del testamento. La voluntad del testador es la ley de la sucesión, siendo manifestaciones de este principio las cláusulas sobre condiciones, sustituciones, prohibiciones de disponer. LACRUZ, al comentar dicha sentencia, advierte que la actuación de los herederos «no podría contrariar la voluntad expresa del testador cuando expresa o implícitamente se deduzca del testamento que tal voluntad no debe ser contrariada» (18). Y en realidad la sentencia no se opone a estas ideas, pues esa actuación libre de los herederos es «en defecto de personas que puedan válidamente atacarla»; además, pone en primer término la voluntad del testador, aunque luego permita crear una situación jurídica nueva y distinta.

2.ª Aunque se dijera que los herederos pueden pactar lo que estimen pertinente, conforme al artículo 1.058 del Código civil, habría que matizar: no es que puedan olvidar o borrar lo establecido por el testador, sino que, partiendo de lo dispuesto por él, pueden realizar un nuevo acto jurídico para modificar lo establecido en el testamento. Volvemos a citar a LACRUZ, en su crítica a la sentencia: «La actuación de los herederos no hacía desaparecer una distinta ordenación del testador, sino que la modificaba *a posteriori*». Nosotros creemos que esto mismo puede desprenderse del texto conjunto de la propia sentencia, pues bien claramente dice que «los herederos deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos» y que «la partición de una herencia debe guardar todos los requisitos de fondo y forma, dirigidos a la determinación de los derechos de los interesados» y que esto «no es obstáculo para que al prac-

(16) LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 228.

(17) Puede verse esta sentencia en Aranzadi, año 1964, núm. 392, pág. 224.

(18) LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 228.

ticarlas puedan los herederos celebrar cuantos pactos tengan por conveniente, los cuales serán válidos en derecho y de obligatorio cumplimiento, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.058 del Código civil», y la única forma de no ver contradicción entre todas estas declaraciones es interpretando que hay que sujetarse a lo dispuesto en el testamento, sin perjuicio de crear una nueva situación jurídica posterior por convenio distinto del título de herencia.

3.^a Por otro lado, la sentencia se refiere a la cuestión de la «reclamación de bienes hereditarios», problema netamente contencioso en el que no interesa remontarse al título hereditario, sino al último título creado en virtud de convenio entre herederos mayores. En cambio, en el ámbito registral de la jurisdicción voluntaria interesa mucho más recalcar ese matiz de sujeción al testamento, aunque se modifique *a posteriori*. Así, el artículo 14 de la Ley Hipotecaria considera como título de la sucesión el testamento, no el convenio particional, sin perjuicio de admitir éste como especificador del título hereditario; el principio de tracto sucesivo exige tener en cuenta los distintos actos jurídicos sucesivos en el tiempo, en nuestro caso, el testamento y el convenio posterior que lo modifica partiendo de la previa existencia del título hereditario; la naturaleza meramente especificativa y no traslativa de la partición, que exige atenderse en primer lugar al testamento para especificar el título hereditario, sin perjuicio de modificarlo a continuación, en virtud de un nuevo título o convenio *inter vivos* de consecuencias distintas. Todo esto quiere decir que no es admisible prescindir totalmente del testamento, sin aceptar *a priori* la situación resultante del mismo.

4.^a En fin, la citada sentencia de 28 de enero de 1964 no se refiere al supuesto de contador, sino que lo que dice lo dice después de recalcar que en el caso «había transcurrido el plazo y su prórroga concedidos por el testador a los contadores partidores para hacer la partición». Luego no es una sentencia que sea decisiva a estos efectos, cualquiera que sea la interpretación de la misma.

Por todo lo cual, creemos que los herederos no pueden prescindir de la actuación del contador, sin perjuicio de que después convengan lo que estimen conveniente. El propio ALBALADEJO, cuya postura algo dubitativa vamos ahora a examinar, confirma esta apreciación cuando dice que «realmente lo que sería más riguroso es estimar que lo que éste (el albacea) haya establecido (lo mismo que lo que el testador dispuso) es lo que rige en la ejecución del testamento (y así, por ejemplo, los bienes divididos por el contador partidor pasan a propiedad de sus adjudicatarios), y que después, si los interesados lo desean, son muy libres de operar entre ellos

todos los acuerdos que quieran y que modifiquen la situación creada por la ejecución llevada a cabo por el albacea».

d) *La postura matizada y dubitativa de ALBALADEJO*.—Cuando en el año 1964 ALBALADEJO escribió sus notas al *Derecho de Sucesiones* (19) de ANTONIO CICU, su opinión era que los herederos no podían prescindir del contador, pues así se desprende, al parecer, del siguiente texto: «Entrando en el examen del tema de la obligatoriedad para los herederos de la evaluación y partición que haga el tercero, hay que afirmar que, como en el Derecho italiano, en el nuestro, en principio, aquéllas son vinculantes para dichos herederos, como se desprende del propio papel de partidador, que es hacer las veces del causante en la partición y evitar desacuerdos entre los interesados, del espíritu y fin de los artículos 1.056, 1.057 y 1.058, en especial de la letra de éste también, y de la abundante jurisprudencia que reconoce al partidador en su misión tanto poder como el propio testador, no poniéndole más límite que el respeto a las legítimas».

Sin embargo, en el año 1969 (20), cuando estudia más a fondo y de modo directo el problema, parece partir de otro principio. Después de exponer los argumentos en pro y en contra de una y otra solución, dice: «Pienso que—por lo menos siempre que se les tolere prescindir de lo que dispone el testamento—debe autorizarse a todos los interesados a que de común acuerdo puedan resolver como prefieran lo que sólo a ellos afecta, prevaleciendo esto sobre la ejecución que proponga el albacea». Y cita las sentencias de 1 de mayo de 1930, 2 de marzo de 1935, 7 de noviembre de 1935, 30 de diciembre de 1944, 3 de diciembre de 1955, 28 de enero de 1964, 4 de marzo de 1966 y 3 de junio de 1967, en pro de la tesis de que los herederos pueden prescindir del testamento. Sin embargo, ya hemos visto la explicación que hay que dar a esta jurisprudencia, explicación que el propio ALBALADEJO comparte como criterio más «*riguroso*» y técnico. También cita este autor las resoluciones de la Dirección General que permiten a los herederos subsanar la preterición padecida en el testamento. Pero luego veremos que estas resoluciones no permiten prescindir del contador, y además se trata de la subsanación de un defecto del testamento, en cuyo supuesto es lógico que se pueda prescindir de su contenido.

En definitiva, creemos que tenía razón ALBALADEJO cuando escribía en el año 1964, con aquella opinión más conforme al Derecho positivo vigente. Su nueva tesis del año 1969 no es muy convincente. En todo caso, queremos recalcar que esa última opinión suya no es terminante, sino muy matizada, pues a pesar de que simpatiza con la tesis de que los

(19) Notas al *Derecho de Sucesiones* de ANTONIO CICU, pág. 860.

(20) ALBALADEJO, *El albaceazgo en el Derecho español*, págs. 29 a 33.

herederos pueden prescindir del contador, hace dos puntualizaciones que consideramos muy importantes y que atenúan los resultados de dicha tesis, a saber:

1.ª Que si hay algún interés del causante contrario al de los herederos, no cabe la suprimibilidad de los albaceas por los interesados, ni tampoco cuando haya riesgo de burlar la voluntad del testador.

2.ª Que, aunque para simplificar y evitar duplicidad de transmisiones (sobre todo a efectos fiscales), se configure el caso como de hacerse lo que los interesados acuerden en vez de lo que el albacea pretendiese, ya hemos dicho que lo que ALBALADEJO considera más riguroso es estimar que es eficaz lo hecho por el contador, aunque luego los herederos modifiquen la situación en virtud de un nuevo convenio. Pues bien, añadimos nosotros, si esto es lo «riguroso», habrá que contar, por lo menos en el campo registral de la jurisdicción voluntaria, con el título de adquisición hereditaria otorgado por el contador, aunque luego se aporte un nuevo título que modifique la situación, título que puede envolver una donación, una venta, una permuta, etc., según los casos.

e) *Nuestra postura.*—*De iure condendo* nosotros participamos en buena medida de las opiniones de GONZÁLEZ PALOMINO, LACRUZ y ALBALADEJO, y creemos que el artículo 1.058 debe ser superado en este punto, al estilo del artículo 274 de la Compilación de Cataluña, que dice en su párrafo segundo: «Los herederos podrán practicar la partición de común acuerdo, prescindiendo de los contadores partidores nombrados por el causante, salvo expresa disposición contraria de éste». Pero no sólo debería exceptuarse de esa libre actuación la voluntad contraria expresa del testador, sino también la concurrencia de menores, sin que el testador haya previsto la exclusión del contador de modo expreso.

Ahora bien, mientras no se reforme la legalidad vigente en Derecho común nos parece aventurado, sobre todo a efectos notariales y registrales, prescindir del órgano legitimado para practicar las operaciones particionales, salvo en el caso en que esté clara la voluntad del testador, como ocurre con la cláusula de no estorbar. Fuera de esta hipótesis, no creemos pueda prescindirse del contador, por lo siguiente:

1.º Hay casos en que es seguro que hay que contar con el comisario. Así, cuando el testador le haya encomendado ciertas atribuciones por encima del interés de los herederos, cuando haya prohibido de forma terminante que se prescinda de él y cuando existan menores.

2.º En todo caso, aunque se trate de herederos mayores y no estemos en esos supuestos, tampoco parece prudente prescindir de su intervención en la escritura de partición o de protocolización, pues no cabe otra

interpretación de los textos vigentes. El artículo 1.058 del Código civil sólo permite la partición convenida libremente por los herederos «cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad». Por si no fuera suficiente, el artículo 213 del Reglamento Hipotecario supone una actualización en el año 1947 de esa idea del legislador de 1889, al decir, ante un caso concreto, que «los herederos podrán cancelar, durante la proindivisión, las inscripciones o anotaciones extendidas a favor de su causante, siempre que acrediten, con arreglo al artículo 79, el fallecimiento de aquél y su cualidad de tales herederos, *a no ser que conste la existencia de Comisarios, Contadores o Albaceas a quienes corresponda dicha facultad*». En sentido parecido, a propósito de la entrega de legados, para la que se faculta al contador, el artículo 83 del Reglamento sólo alude al heredero o herederos como personas legitimadas para efectuar la entrega, *en defecto del contador y del albacea*.

Aparte de estos argumentos de Derecho positivo, sigue todavía en pie la idea de que el comisario es una especie de mandatario del testador (21), y de que la voluntad de éste es la ley de la sucesión, a efectos de la adquisición de los bienes *a título de herencia*, por lo que si en el testamento nombró contadores, lo lógico será atenerse a ese nombramiento. Si apareciera clara la voluntad del testador permitiendo la exclusión del contador (cláusula de no estorbar), entonces no cabe duda, siguiendo ese mismo argumento de la voluntad del testador, de que los herederos podrían prescindir del comisario. Pero si el testamento sólo expresa el nombramiento de contador, es imposible deducir la voluntad del testador en cada caso concreto, por lo que hay que integrar tal voluntad con los citados preceptos legales.

Si se admite esta postura sobre la necesidad de contar con el comisario, entonces la figura de la partición conjunta que estamos estudiando no quedará disminuida en su frecuencia, sino potenciada, pues, ¿cómo solucionar esos supuestos de exceso de actuación del comisario si no es a través de la partición conjunta de contador y herederos? De lo dicho se desprende que esa figura es el único cauce para resolver esos casos.

Pero vamos a suponer que no convence esa postura y que prospera la tesis de que los herederos pueden prescindir, de común acuerdo, de la actuación del contador. Aun así, la partición conjunta es una figura que puede darse en la práctica, pues hemos señalado otros supuestos de partición conjunta, además del de exceso de actuación del comisario, que no se verían afectados por dicha teoría, aunque es cierto que disminuiría la

(21) Véase la lista de sentencias que señala ALBALADEJO en la obra citada en la nota anterior, págs. 35 a 38.

frecuencia de esa figura en la misma medida que podría disminuir la partición exclusiva de contador, en provecho de la partición exclusivamente realizada por los herederos.

III. VIABILIDAD LEGAL DE LA PARTICION CONJUNTA: DIFICULTADES Y SUPERACION DE LAS MISMAS

Como esta actuación compartida del contador y los herederos en la partición no está prevista en el Código, sino que en él se regulan con separación la partición de contador y la de herederos, cabría discutir hasta qué punto puede considerarse válida tal partición conjunta.

Sin embargo, creemos que tal fórmula particional es viable legalmente. Examinaremos primero las dificultades u obstáculos para su admisión y después la superación de dichas dificultades.

a) *Dificultades para su admisión.*—La resolución de 15 de julio de 1943 (22), en un caso del Registro de Santa Fe, parece oponerse en su «Considerando» cuarto a la validez de la partición conjunta. Así interpreta dicha resolución GÓMEZ MORÁN, que entiende que «si bien se autoriza a los herederos para aprobar las particiones hechas por contador, se les prohíbe, en cambio, intervenir en ellas» y «que las particiones en que intervienen los herederos, cuando hay contador, no son inscribibles en el Registro de la Propiedad», criticando esta postura de la Dirección que contradice el espíritu y aun el texto de algunas sentencias del Tribunal Supremo (23).

En cambio, RUIZ ARTACHO (24) no considera que sea ése el sentido de la resolución, diciendo que la censura lanzada contra la misma es, a su juicio, injustificada, pues lo que dedujo el Centro directivo fue que no se trataba de partición por comisario, sino contractual, por lo que tenían que haber intervenido todos los herederos, y no sólo dos de los cinco que existían.

En mi opinión, la resolución contiene varias declaraciones, de diferentes matices, pero nos parece evidente que, en todo caso, se pronuncia en contra de la partición conjunta, tal como había visto GÓMEZ MORÁN, y en este aspecto es criticable.

Para comprobar que el «Considerando» cuarto de la resolución se

(22) Esta y las demás resoluciones que se citan en el trabajo las hemos leído en la *Jurisprudencia registral* de ROCA-MOLINA, salvo la de Ultramar de 22 de octubre de 1897 y la de 14 de abril de 1969, que luego se reseñarán.

(23) GÓMEZ MORÁN, *Tratado teórico-práctico de particiones*, 1950, págs. 286 a 288, citado por RUIZ ARTACHO en trabajo citado en la nota 1, pág. 252.

(24) RUIZ ARTACHO, *trab. cit.*, pág. 252.

opone a la partición conjunta, veamos el caso planteado y el texto del «Considerando».

Se trata de una escritura denominada de protocolización de operaciones particionales, renuncia de gananciales y declaración de obra nueva. En el cuaderno privado particional habían intervenido los dos contadores solidarios y, además, el viudo, renunciando previamente a su legítima y participación en los gananciales, citando los contadores a los coherederos para el inventario. En las bases del cuaderno se hacían declaraciones sobre deudas y se aludía al convenio de los herederos sobre adjudicación de bienes para pago de deudas; también se hacían declaraciones sobre no existencia de donaciones colacionables y se añadía que una heredero había entregado dinero a las otras para nivelar los haberes, todo lo cual revelaba la intervención conjunta de los herederos con los contadores en las operaciones particionales. En la escritura de protocolización sólo intervinieron los contadores y dos de los herederos, no los cinco que existían.

Presentada la escritura en el Registro de Santa Fe, el Registrador no admitió la inscripción, poniendo una nota con dos defectos, de los que ahora sólo nos interesa el primero, en los siguientes términos: «No admitida la inscripción del precedente documento por los defectos siguientes: 1.º No haberse practicado la partición por los comisarios designados por el causante, sino por ellos y los herederos, según resulta del mismo cuaderno particional, no otorgando, por otra parte, la escritura de aprobación todos los herederos». Aunque la redacción de este primer defecto es algo confusa, parece que dentro de ese primer defecto el Registrador señala dos, a saber: en primer lugar, haberse practicado la partición en forma conjunta; y en segundo lugar, y *por otra parte*, no haber intervenido todos los herederos. Nosotros estamos conformes con esta segunda parte, pero no con la primera. Y creemos que tal redacción mediatizó la doctrina de la resolución.

El Presidente de la Audiencia da la razón al Registrador y hace las siguientes declaraciones, entre otras que ahora no nos interesan, bien expresivas de que también considera defecto el hecho de formalizarse la partición en forma conjunta: «*debió ser realizada sólo por los comisarios*», añadiendo que «*todavía justifica más la invalidez de la partición practicada la circunstancia de no haber concurrido todos los herederos al otorgamiento*». De aquí se desprende que el Presidente de la Audiencia, en línea con la nota, considera defectuosa la partición conjunta no sólo por no haber concurrido todos los interesados, sino, aparte de ello, por no haber sido realizada sólo por los comisarios.

La Dirección, siendo Director general JOSÉ MARÍA PORCIOLES, con-

firma el auto apelado, por adolecer la escritura del primer defecto señalado por el Registrador, y entre otras muchas declaraciones, de las que tendremos ocasión de ocuparnos en este trabajo, dice lo siguiente respecto a la partición conjunta en el «Considerando» cuarto:

«Considerando que si bien con una interpretación benévola podría reputarse que la entrega del cuaderno a los herederos para que presten su beneplácito, no desvirtúa la naturaleza unilateral y privilegiada del acto cuando los momentos jurídicos aparezcan bien diferenciados y tengan por directa finalidad aceptar la herencia y cumplir del mejor modo la voluntad del testador, es lo cierto que la lectura de las bases del cuaderno pone de relieve que los acuerdos adoptados no se limitan a la formación del inventario, porque la cuarta y la sexta formulan declaraciones sobre colación y adjudicación de bienes, operaciones propiamente de liquidación y partición, y con ello aparece infringido el artículo 1.057 del Código civil, cercenado el poder dispositivo de los comisarios, y, en definitiva, alterada la naturaleza jurídica de la partición, cuya eficacia, impugnación, modificación o rescisión quedan pendientes de preceptos contradictorios.»

Estas frases terminantes, unidas a la confirmación del primer defecto apuntado por el Registrador y del auto presidencial, nos llevan a pensar, en contra de RUIZ ARTACHO, que esta resolución se opone a la partición conjunta.

Ahora bien, no estamos de acuerdo con esta oposición y rebatimos los tres argumentos que la resolución señala frente a la partición conjunta:

1.º Según dicho Considerando, la partición conjunta da lugar a una infracción del artículo 1.057 del Código civil. Pero basta leer el citado precepto para comprobar que no se refiere para nada a la intervención conjunta del contador y herederos en las operaciones particionales, sino sólo a la partición de contador, por lo que mal puede considerarse infringido un artículo que no contempla el supuesto. No hay, por tanto, infracción, sino *no aplicación* del artículo 1.057. Y el hecho de que no sea aplicable el repetido artículo no es ningún obstáculo para la admisión de la partición conjunta, pues puede regirse por otro precepto.

2.º En el mismo Considerando se dice que la partición conjunta supone un cercenamiento del poder dispositivo de los comisarios. Efectivamente, se cercena el poder atribuido a los comisarios, que más que dispositivo es distributivo o particional. Pero ese cercenamiento no implica rechazar la partición conjunta. Nuevamente diremos que será razón suficiente para no aplicar el artículo 1.057 del Código civil, pero no para declarar la nulidad de la partición conjunta. Téngase en cuenta que el

cercenamiento de poderes es consentido por los propios contadores, y si pueden lo más, que es no aceptar el cargo, excusarse, podrán lo menos, que es aceptarlo con dicha intervención conjunta de los herederos. Tampoco se infringe el artículo 1.058 del Código civil, pues no se trata de que los herederos prescindan totalmente del comisario, sino de la cuestión distinta consistente en que aquéllos comparten sus funciones con éste, actuación ésta no prohibida por el mencionado artículo 1.058 del Código civil.

3.º La Dirección señala un tercer argumento, y es que, con la partición conjunta, «se altera la naturaleza jurídica de la partición del comisario», lo cual es evidente; pero añade que su «eficacia, impugnación, modificación o rescisión quedan pendientes de preceptos contradictorios». Si esto último fuera así no habría más remedio que descartar la partición conjunta, pues sería tanto como un «monstruo jurídico» contradictorio en esencia. Pero no vemos por qué razón hay que llegar a esa conclusión sobre la aplicación de preceptos contradictorios a la partición conjunta. La resolución parece seguir una teoría mixta o acumulativa respecto a la naturaleza jurídica de la partición conjunta, y luego veremos que dicha teoría es improcedente, con lo cual desaparece este argumento en contra de dicha modalidad de partición.

En definitiva, no nos convence esta resolución en relación con la inviabilidad legal que predica de la partición conjunta, aunque estamos de acuerdo con ella en otros aspectos sobre calificación de la partición como conjunta en el caso concreto y sobre la existencia del defecto que también señala, acertadamente, de no haber intervenido todos los herederos; pero lo destaca no como defecto fundamental, sino como algo que queda en el fondo de la escena, diciendo que «siempre queda en pie la afirmación de que algunos herederos, y no todos, han tomado acuerdos que el comisario convalida, más como parte contratante que como autoridad dirimente».

Aparte de esta resolución, no hay ninguna otra que se oponga tan rotundamente a la partición conjunta. Ciertamente, la resolución de 14 de abril de 1969 (25), en un caso del Registro de Cabra, parece no mostrar demasiadas simpatías por la partición conjunta, pues dice que el contador puede determinar los bienes reservables, al hacer la partición del reservista, «sin necesidad de que hayan de comparecer los reservatarios como herederos del difunto, ya que en este caso la partición no tendría carácter unilateral al intervenir otras personas, además de las que el testador designó para el cumplimiento y ejecución de su última voluntad».

(25) Véase esta resolución en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 476, pág. 121.

No entramos a discutir si, efectivamente, puede el contador fijar los bienes reservables por sí solo, pues no es éste el tema de nuestro estudio, pero lo que no compartimos es que se diga, aunque sea como argumento subsidiario, que la partición con comisario nombrado por el testador excluye la intervención de otras personas, pues no se trata de un argumento, sino de una conclusión sin otra base que la proporcionada por la resolución del Registro de Santa Fe, que hemos tratado de rebatir.

Respecto a la resolución de 22 de octubre de 1897 (26), en un caso de Ultramar planteado en el antiguo Registro de Cuba, hay que distinguir lo que ella dice y lo que algunos autores dicen que ella dice. Según GARCÍA-MONGE, la citada resolución «llega al rigor de afirmar que la partición efectuada por los herederos, *aun con aquiescencia del albacea*, es nula, como hecha por personas que no tienen facultades para ello» (27). Y LACRUZ, coincidente con GARCÍA-MONGE, cita la resolución diciendo: «Con extraordinaria severidad afirma que la partición practicada por los herederos habiendo nombrado comisario, *aunque se haga con la aquiescencia de éste*, es nula, como hecha por personas que no tienen facultades para ello» (28). Hemos subrayado la frase referente a la aquiescencia del albacea porque en la resolución no hay ni rastro de esa afirmación, y porque es la frase que podría implicar un rechazo de la partición conjunta, o por lo menos de una de las modalidades de tal tipo de partición. Pero nuestra sorpresa ha sido grande cuando, leída con detenimiento, tanto la resolución como el caso planteado, observamos que no había en el supuesto de hecho aquiescencia del albacea, ni la Dirección dijo nada de tal aquiescencia, ni siquiera a modo de *obiter dictum*. Por eso, insistimos en nuestra distinción: según lo que ambos autores hacen decir a esa resolución de Ultramar, se excluiría una modalidad de partición conjunta (la de los herederos con aquiescencia de contador); pero, según lo que resulta de la propia resolución, no queda excluida la partición conjunta, sino únicamente la partición realizada por los herederos prescindiendo del contador, que no prestó aquiescencia alguna, siendo ese problema distinto del de la viabilidad de la partición conjunta, según hemos visto en el epígrafe anterior.

b) *Admisión de la partición conjunta, por superación de aquellas dificultades.*—Contamos con varios argumentos para admitir decididamente la figura de la partición conjunta:

1.º El Código no la contempla ni en el artículo 1.057 ni en el 1.058. Luego no se puede decir que esté prohibida. La conjunción de actuacio-

(26) Véase nota 8.

(27) GARCÍA-MONGE, *trab. cit.* en nota 10, pág. 141.

(28) LACRUZ, *ob. cit.* en nota 3, pág. 240, nota 9 al pie de la página.

nes de comisario y herederos podrá excluir la aplicación del excepcional artículo 1.057, pero no lo infringe. Tampoco infringe el 1.058, que sólo prohíbe a los herederos que convengan libremente las adjudicaciones existiendo comisario, pero no impide que celebren los convenios que estimen pertinentes si lo consiente el mismo.

2.º El principio de conservación de la partición, deducido de los textos legales por la doctrina y la jurisprudencia (29), propende a admitir la validez de ese tipo de partición no prohibida expresamente por el Código.

3.º No deja de ser paradójico que estando de acuerdo todos los interesados, contador y herederos, y sin posibilidad, por tanto, de que nadie impugne la partición por razón de esa actuación conjunta, pudiera pensarse que es nula dicha partición. Si se entendiera así se llegaría a un callejón sin salida: partición nula sin posible interés de nadie para declarar tal nulidad.

4.º Frente a aquella resolución de 14 de julio de 1943 (caso del Registro de Santa Fe), y frente a aquel matiz argumental de la resolución de 14 de abril de 1969 (caso del Registro de Cabra), existen numerosas e importantes decisiones jurisprudenciales que confirman la admisibilidad y validez de la partición conjunta, demostrando que no hay que ver nulidad en esta forma de partición, sino cuestión de naturaleza jurídica de la misma y si se cumplen los requisitos de ella.

Así hemos encontrado las siguientes resoluciones:

— *Resolución de 9 de septiembre de 1895* (caso del Registro de Nava del Rey): en el cuaderno privado de partición de dos herencias, la del padre y la de su primera esposa, practicaron el inventario, avalúo, división y adjudicación de los caudales relictos de ambas herencias el contador nombrado por el padre, los dos hijos del primer matrimonio, la viuda del segundo matrimonio y un hermano del padre en representación de los dos hijos menores de dicho segundo matrimonio, sin acreditar su representación. En la escritura de aprobación y protocolización del cuaderno sólo intervinieron el contador, la viuda y los dos hijos del primer matrimonio, pero no ese supuesto representante de los menores. Estamos, pues, ante una partición de la herencia del padre con intervención

(29) En relación con esto dice LACRUZ: «Se observa en el Código civil una tendencia a conservar en lo posible la partición ya hecha; e igualmente los tribunales, alegando los inconvenientes de la indivisión, de la provisionalidad y razones de economía y sosiego familiar, procuran, mediante una interpretación restrictiva de las reglas sobre invalidez, mantener las particiones ya realizadas en cuanto sea posible, y sin perjuicio de llevar a ellas las adiciones o rectificaciones que sean procedentes». Y cita las sentencias de 2 de julio de 1904, 5 de mayo de 1920 y 25 de febrero de 1969 (*ob. cit.*, pág. 258).

conjunta en el cuaderno privado, de contador y representante de los hijos del mismo y demás herederos. El Registrador suspende la inscripción de la escritura por dos defectos: 1.º No aparecer debidamente representados los herederos menores de edad. 2.º Por faltar la aprobación judicial de la partición. La Dirección, siendo Director general don CONRADO SOLSONA, confirma la nota y reconoce que «consta en las operaciones particionales, de cuya inscripción se trata, que el inventario, avalúo y división del caudal se han llevado a cabo, prescindiendo de los que intervinieron para liquidar la primera sociedad conyugal, por la viuda y por el contador, en representación de los menores» y señala que no es partición del 1.057, sino partición ordinaria, sin considerarla nula, a pesar de esa intervención conjunta, sino todo lo contrario, la considera regida por las reglas generales de la división de herencia.

— *Resolución de 12 de noviembre de 1895* (caso del Registro de Avila): en el cuaderno privado de las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y adjudicación de los bienes relictos del testador intervinieron la viuda del mismo, como albacea-contadora, los dos hijos mayores y un defensor judicial de los menores, en el que la citada viuda renunciaba al usufructo que le correspondía y recibía una cantidad de dinero por sus aportaciones al matrimonio y su mitad de gananciales. Esas mismas personas otorgaron la correspondiente escritura de aprobación y ratificación de las operaciones particionales. El Registrador deniega la inscripción porque, estando interesado en la partición de los bienes un menor sujeto a la patria potestad, no representado por el padre ni por la madre, había dejado de obtenerse la aprobación judicial a que se refiere el artículo 1.060 del Código civil. La Dirección, siendo Director general don CONRADO SOLSONA, aparte de unas consideraciones críticas sobre la imposibilidad de que sea contador el heredero, *aunque renuncie*, dice, a los efectos que ahora nos interesan, que la partición fue practicada no sólo por el contador, sino por él (la viuda) y los herederos, y no considera nula la partición por tal intervención conjunta, sino que alude sólo a la necesidad de seguir el trámite de la aprobación judicial, lo que, en definitiva, implica que, por lo demás, la partición era válida.

— *Resolución de 10 de enero de 1903* (caso del Registro de Rute): en escritura otorgada exclusivamente por el contador, éste adjudicó los bienes en proindiviso a los herederos, salvo a uno, que quedó excluido de las adjudicaciones, imponiendo a los otros la obligación de entregarle en metálico su porción respectiva. El Registrador suspendió la inscripción porque no constaba la ratificación de los herederos ante una actuación que excedía de las facultades del comisario. La Dirección, siendo Director general don JUAN DE LA CIERVA Y PEÑAFIEL, declara lo siguien-

te en el segundo «Considerando», único que, a nuestro objeto, interesa: «Al adjudicar a unos herederos todos los bienes que constituyen la herencia, imponiéndoles la obligación de satisfacer en metálico la parte proporcional correspondiente a su coheredero, no es acto de partición, sino de enajenación, y, por tanto, no debe surtir efecto sin el consentimiento de dichos herederos». De este modo, la resolución señala como única vía para solucionar el problema de exceso de facultades del comisario la partición conjunta bajo la modalidad de actuación inicial del comisario con aportación de la escritura posterior de consentimiento de los herederos, que, como veremos, es una de las formas de partición conjunta.

— *Resolución de 25 de mayo de 1906* (caso del Registro de Villacarrillo): se otorgó la escritura de partición por los tres albaceas-contadores, la viuda, los herederos mayores, el padre de tres menores y el defensor judicial de otros dos herederos menores. El Registrador denegó la inscripción por hallar el defecto de faltar la aprobación judicial. La Dirección, siendo Director general don JAVIER GÓMEZ DE LA SERNA, confirma la nota del Registrador y reconoce que «la partición de los bienes no ha sido hecha *solamente* por los albaceas partidores nombrados por el testador, sino *también* por la viuda, por los herederos mayores de edad, por el padre de otros tres herederos menores y por el defensor de..., igualmente menores de edad y herederos del nombrado causante». A pesar de lo cual, la resolución sólo considera defectuosa la partición por faltar la aprobación judicial, no por ser conjunta.

— *Resolución de 9 de enero de 1918* (caso del Registro de Badajoz): se trata de una escritura de aprobación y protocolización y elevación a pública de una partición privada, en la que, junto con los dos albaceas-partidores, intervinieron la viuda y el heredero hermano del causante, haciéndose una adjudicación a la viuda en usufructo y al hermano en nuda propiedad «con derecho a consolidar la plena propiedad a la defunción de la viuda» y «aunque falleciera antes que ella, pudiendo transmitir su derecho a sus sucesores». Con esta adjudicación se interpretaba en un determinado sentido una discutible cláusula testamentaria sobre institución de usufructo sin nuda propiedad. El Registrador deniega la inscripción, porque la adjudicación realizada no se ajustaba al testamento, del que se desprendería que el hermano sólo será heredero, no de la nuda, sino de la plena propiedad, si viviere al fallecimiento de la esposa del testador, pasando en otro caso los bienes a las personas designadas por el mismo. El problema de la partición conjunta se plantea en el recurso no por el camino de la validez o nulidad de la actuación conjunta, sino a través de la cuestión de si el contador tiene o no facultades privilegiadas de interpretación del testamento, inmunes a la califi-

cación registral, cuando intervienen también los herederos en la partición. La Dirección, siendo Director general don SALVADOR RAVENTÓS, confirma la nota y no considera defectuosa la partición realizada, por el hecho de ser conjunta de contador y herederos, sino que lo único que dice es que esa actuación conjunta «impide conceder a las declaraciones y supuestos particionales la decisiva influencia sobre la que el Presidente de la Audiencia apoya su resolución», lo que significa una distinta regulación a la partición conjunta, pero, de ningún modo, la nulidad de la misma.

— *Resolución de 27 de febrero de 1922* (caso del Registro de Berja): escritura de partición de herencia otorgada por el contador en unión de algunos herederos. El Registrador no admite la inscripción porque, practicadas las operaciones divisorias por el contador-partidor y algunos de los interesados en ellas, resulta un contrato de partición que se rige por el artículo 1.058 del Código civil y que requiere para su eficacia la intervención y consentimiento de todos los partícipes en la herencia...» Vemos que no se plantea la cuestión como en la nota de la resolución del caso de Santa Fe, sino que el defecto no consiste aquí en la intervención conjunta de contador y herederos, sino en la no intervención de todos los herederos junto con el contador. La Dirección, siendo Director general don BENITO M. ANDRADE, confirma la nota, en una resolución que es fundamental para caracterizar la figura de la partición conjunta, admitiéndola siempre que intervengan todos los herederos junto con el comisario, basándose en la aplicación del artículo 1.058 y de los principios generales del régimen contractual.

— *Resolución de 6 de abril de 1962* (caso del Registro de Lucena): se trata de una escritura de partición otorgada por el contador y todos los herederos, debidamente representados por la madre los menores, adjudicándose el único inmueble a uno de los herederos mayores conforme al artículo 1.062, con obligación de abonar a los demás coherederos el exceso en metálico. El Registrador suspende la inscripción por no haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.057, aparte de otro defecto. La Dirección, siendo Director general don JOSÉ ALONSO, confirma el auto apelado en contra de la calificación del Registrador, destacando su «Considerando» 3.º, según el cual, «cuando en tales particiones intervengan además (del contador) los herederos, las manifestaciones y acuerdos que éstos adopten introducen, como declaró la Resolución de este Centro de 16 de julio de 1943, la conclusión en el cuaderno particional y dan lugar a una mezcla de operaciones divisorias de tipo contractual con las declaraciones distributivas del representante del testador, que si en algunos casos no pueden desvirtuar la naturaleza privilegiada y unilateral del acto, en la mayoría operan una auténtica trans-

formación, convirtiéndolo en un verdadero contrato particional». Como vemos, cita la resolución del caso del Registro de Santa Fe, pero a nuestro modo de ver llega a un resultado totalmente distinto, pues aquí se parte de la validez de la partición conjunta, que se califica como partición contractual, a diferencia de la citada resolución, según hemos visto antes.

IV. CLASES DE PARTICION CONJUNTA

Para conocer mejor la figura de la partición conjunta, estudiaremos sus distintas clases atendiendo a varios criterios:

1. CLASIFICACIÓN POR LA FORMA DE EXPRESIÓN

Atendiendo a este criterio, podemos distinguir:

a) *Partición conjunta aparente*. Cuando de las propias estipulaciones o cláusulas del documento se desprende que el contador y los herederos realizan conjuntamente las operaciones particionales. Así, si se dice que han practicado las operaciones el contador y los herederos, o que las practica el contador en unión de los mismos o que se formaliza una partición conjunta. No será frecuente esta claridad de términos, sobre todo en las escrituras públicas, unas veces por querer huir de los requisitos que exige la partición conjunta, pero otras, como dijimos, por la creencia infundada de que tal partición no es viable legalmente, cosa que hemos tratado de rebatir anteriormente.

b) *Partición conjunta encubierta*. Cuando no se dice en las cláusulas o estipulaciones del documento que la partición la han realizado conjuntamente el contador y los herederos, pero del contexto general del mismo, a través de una interpretación sistemática, se desprende que tal partición en realidad se ha formalizado conjuntamente por ambos. Ejemplos: en el cuaderno particional privado consta que han practicado las operaciones el contador y los herederos o el contador en unión de éstos, y, en cambio, en la escritura de protocolización se dice que la partición la ha practicado el contador y que los herederos intervienen simplemente para dar su beneplácito posterior a la misma. Otro caso: en las estipulaciones o cláusulas de la escritura de partición se dice que ésta la ha practicado exclusivamente el contador, si bien con la aprobación o beneplácito posterior de los herederos, y, sin embargo, en los antecedentes o exposición se advierte que todas o algunas de las operaciones han sido realizadas por contador y herederos conjuntamente, bien porque así se

dice (a pesar de los términos de las cláusulas finales) o bien porque el contador se ha excedido de sus facultades y hay que interpretar que esa llamada aprobación de la partición significa en tal caso una verdadera ratificación o realización de la misma.

Hay que advertir que cuando hablamos de partición conjunta encubierta sólo nos referimos al encubrimiento que puede desvelarse a través del mismo documento. Y es que estamos estudiando el problema en Derecho Hipotecario, en que sólo caben las pruebas intrínsecas derivadas del propio documento inscribible. Por eso no interesan, a efectos registrales, aquellas particiones otorgadas exclusivamente por contador, que en realidad encubren una verdadera partición conjunta realizada con anterioridad a la firma del documento, pues no hay medios hábiles para detectar tal actuación conjunta. Un ejemplo de este otro tipo de encubrimiento podría ser el supuesto de hecho de la sentencia de 19 de febrero de 1962 (30), en que el contador recogió, al formalizar la partición, los convenios y adjudicaciones de los herederos suscritos en documento privado por éstos. Pero ya decimos que esta otra forma de partición conjunta encubierta, obtenida por pruebas extrínsecas al documento inscribible, no interesa a efectos hipotecarios.

La distinción entre partición conjunta aparente y encubierta tiene interés para poner de relieve: 1.º Que la partición conjunta es perfectamente regular, por lo que no debe haber temor conceptual en hacerla aparente. 2.º Que la llamada partición conjunta encubierta no deja de ser partición conjunta, aunque trate de desfigurarse lo que resulta ya del cuaderno privado que se va a protocolizar, empleando la palabra «aprobación de la partición de contador por los herederos». 3.º Que la partición conjunta aparente facilita la calificación registral; en cambio, la partición conjunta encubierta se da bajo el tono de la ocultación, lo que exige por parte del Registrador un detallado análisis de todos los términos del documento.

2. CLASIFICACIÓN POR EL MOMENTO DE CONJUNCIÓN DE ACTUACIONES

Se pueden distinguir:

a) *Partición conjunta con conjunción simultánea.* La actuación compartida de contador y herederos se produce de modo conjunto desde el otorgamiento del documento particional.

b) *Partición conjunta con conjunción sucesiva.* Dentro de este grupo caben estas dos posibilidades:

(30) Véase nota 9.

— Partición inicialmente realizada por contador excediéndose de sus facultades, ratificada posteriormente por los herederos. En principio, la partición fue unilateral del contador, pero al ratificar los herederos en documento posterior todas las actuaciones del mismo, se subsana la extralimitación padecida, aunque es precisamente a base de interpretar que esa ratificación o aprobación posterior implica realización de la partición de los herederos en todo aquello en que se ha excedido el contador. En cambio, luego tendremos ocasión de ver que si el contador practicó la partición dentro de sus facultades, la aprobación posterior de los herederos no significa partición conjunta, por estar ya agotada por el contador la actuación particional. Dentro de este grupo que estudiamos, hay que incluir también la modalidad de partición inicialmente realizada por el contador junto con algún heredero y posteriormente ratificada por los demás, no importando en este supuesto el hecho de que el contador se excediera o no de sus atribuciones, pues si realizó las operaciones junto con algún heredero, la partición quedó configurada ya desde el principio como partición conjunta, si bien faltaba la ratificación de los demás herederos.

— Partición inicialmente realizada por los herederos dentro del plazo de actuación del contador, prestando éste su aquiescencia posterior a dicha partición (31). Si se parte de la tesis de que el contador es la persona legitimada por el testador para realizar la partición, será necesario, según dijimos, contar con su intervención, por lo que si los herederos actuaron por su cuenta, la aquiescencia o ratificación posterior del comisario subsana ese defecto, convirtiendo la partición realizada exclusivamente por los herederos en partición conjunta. En cambio, para aquellos autores, como LACRUZ, que estiman que los herederos pueden, de común acuerdo, prescindir del contador, les resultará superflua la aquiescencia del mismo; pero ya nos hemos pronunciado antes acerca de este discutible problema.

3. CLASIFICACIÓN ATENDIENDO A LOS HEREDEROS QUE PARTICIPAN

En este sentido distinguimos dos grupos:

- a) Partición conjunta de contador y de todos los herederos.
- b) Partición conjunta de contador y de algunos de los herederos.

Esta distinción servirá para destacar que ambas modalidades son particiones conjuntas, con todas sus consecuencias. Ahora bien, la segunda de las apuntadas es una partición conjunta defectuosa, pues no intervie-

(31) Admite esta posibilidad GARCÍA-MONGE Y MARTÍN, *trab. cit.* en nota 10, página 142.

nen todos los herederos; pero es partición conjunta al fin y al cabo, y así no sólo será necesario la intervención de los demás herederos, sino que habrá que aplicar ineludiblemente los demás requisitos que exige la figura de la partición conjunta. Cuando se subsane por la intervención y ratificación de los demás herederos, esa modalidad *b)* de partición conjunta pasará a convertirse en la modalidad *a)*.

4. CLASIFICACIÓN ATENDIENDO AL GRADO DE ACTUACIÓN CONJUNTA DE CONTADOR Y HEREDEROS

a) Partición conjunta total, en el sentido de que la actuación conjunta de contador y herederos lo fue en todas las operaciones particionales.

b) Partición conjunta parcial, en el sentido de que los herederos sólo intervinieron en algunas de las operaciones, no en todas.

Esta distinción sólo puede admitirse para conocer mejor las variantes de la partición conjunta, pero no sirve para diferenciar la regulación y naturaleza de ambas modalidades, pues tan partición conjunta y con iguales consecuencias es la primera como la segunda, sin que tenga interés diferenciar el grado de intervención de los herederos en las operaciones. Luego insistiremos en este punto y haremos alguna matización a propósito de la operación del inventario.

V. NATURALEZA JURIDICA DE LA PARTICION CONJUNTA DE CONTADOR Y HEREDEROS

Hay que resolver si la intervención conjunta de contador y herederos en las operaciones particionales da lugar a un nuevo tipo característico de partición o si se asimila íntegramente a una u otra de las formas particionales previstas legalmente. Por supuesto que nos vamos a referir ahora sólo a la naturaleza jurídica de la partición conjunta de contador y herederos, no a la partición realizada por el contador con intervención de los herederos para aprobarla o a otros efectos, figuras éstas de las que después nos ocuparemos.

Señalaremos tres teorías acerca de la naturaleza jurídica de la partición conjunta:

1.^a *Teoría de la asimilación de la partición conjunta a la partición exclusiva de contador.*—Según esta teoría, la partición sigue siendo partición de contador del artículo 1.057 del Código civil, aunque realicen las operaciones conjuntamente con él los herederos. En consecuencia,

aplicando esta teoría no habría ninguna diferencia entre la partición conjunta de contador y herederos y la partición de contador con aprobación de los herederos o con intervención de éstos en la escritura a otros efectos distintos de los particionales. En cualquier caso, regiría la normativa de la partición exclusiva de contador, sin quedar afectada por esa intervención de los herederos.

Sin tratar de encasillar necesariamente a ningún autor dentro de esta teoría, que exponemos como hipotética, pues nadie se pronuncia de modo expreso y directo sobre el problema, podemos señalar algún ejemplo próximo a la misma exponiendo la posición de MORELL y TERRY.

Aunque este autor parece distinguir, en principio, la partición conjunta de la partición de contador con aprobación de los herederos, dice, sin embargo, lo siguiente, acerca de aquélla al comentar la doctrina de la Dirección: «Parece algo violento que, al obrar de acuerdo en todos los extremos de la partición dichos interesados y el comisario, se exijan mayores requisitos, por el hecho de constar la conformidad, e intervenir personas que la ley no considera necesarias, ya que siempre resulta que el contador personalmente interviene, y personalmente realiza la partición, aunque de acuerdo con los interesados» (32). De aquí se desprende, al parecer, que este autor considera violento exigir los requisitos de la partición de herederos (por ejemplo, aprobación judicial en caso de existir menores no representados por los padres) en el caso de intervención conjunta de contador y herederos y que sería partidario de seguir aplicando a tal supuesto la normativa de la partición de contador.

Creemos que Morell olvida que la partición de comisario está concebida en el Código y en la jurisprudencia como una figura excepcional y que el carácter personalísimo e imparcial del cargo de comisario queda muy atenuado cuando comparte su actuación con los herederos.

2.^a *Teoría de la configuración de la partición conjunta como una partición «sui generis» de carácter mixto, que exige acumulativamente los requisitos legales de la partición de contador y de la de herederos.*— Esta teoría se adapta aparentemente al supuesto de hecho existente, pues es evidente que en dicha partición intervienen los dos elementos, con lo que el problema se simplificaría entendiendo que se deben aplicar las normas de ambos tipos de partición.

Como hemos dicho antes, ésta parece ser la tesis de la resolución de 15 de julio de 1943 (caso del Registro de Santa Fe) cuando dice, al ocuparse de la partición conjunta, que queda «alterada la naturaleza jurídica de la partición, cuya eficacia, impugnación, modificación o rescii-

(32) MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1925, 2.^a ed., tomo II, pág. 523.

sión quedan pendientes de preceptos contradictorios». O sea, que dicha partición no se regularía por las normas de la de contador, sino por preceptos contradictorios, como serían los de la partición de contador y los de la de herederos. Naturalmente, esto es tanto como rechazar la figura de la partición conjunta, pues sería un «monstruo jurídico» determinante de contradicciones. Y así lo entiende la citada resolución, que expone esas ideas como argumento en contra de la partición conjunta. Pero admitida la viabilidad legal de esta clase de partición, se debe huir de una caracterización que lleve a la contradicción y al absurdo, porque entonces la contradicción se encontraría en el intérprete y no en la partición objeto de estudio.

Efectivamente, la admisión de esta tesis lleva a la contradicción, pues existen normas diferentes sobre eficacia, impugnación, modificación y rescisión, como apunta la resolución. No obstante, en otros aspectos no se produciría contradicción, sino superposición de requisitos. Pero ni aun en esos aspectos en que se produce acumulación sin contradicción conviene defender esta caracterización de la partición conjunta.

Para comprobar los resultados a que conduciría esta tesis acumulativa expondremos también, a título de ejemplo, las notas registrales de los casos de las resoluciones de 7 de marzo de 1914 (otro caso del Registro de Rute) y de 6 de abril de 1962 (caso del Registro de Lucena). No es que en la redacción de tales notas se admita la teoría acumulativa, sino que las exponemos como ejemplos del resultado a que conduce dicha teoría, prescindiendo de si en realidad el Registrador partía o no de la misma. En la nota del caso de la resolución de 7 de marzo de 1914, el Registrador señaló dos defectos, uno de los cuales se refería a la normativa de la partición exclusiva de contador (falta de citación al inventario: artículo 1.057 del Código civil) y el otro a la partición exclusiva de herederos (falta de aprobación judicial existiendo menores no representados por los padres). Nosotros creemos que no cabe señalar ambos defectos de forma acumulada, sino sólo uno de ellos, el primero o el segundo, según se entienda que la partición fue exclusiva de contador o de herederos.

En la nota registral del caso de la resolución de 6 de abril de 1962 se advierte también cierto parecido, aunque no tan claro, con el resultado de la teoría mixta, pues, por un lado, se señala como defecto el no haberse cumplido el requisito de la citación al inventario (característico de la partición de contador), y por otro, al adjudicarse a uno solo de los herederos el único bien inventariado con abono a los demás del exceso en metálico, entre los que había menores representados por el padre, se dice que faltaba la autorización judicial del artículo 164 del Código civil,

requisito este último que sólo cabe plantear ante una actuación no del contador, sino del padre en representación de los menores.

En cualquier caso, creemos que tampoco cabe admitir esta superposición de preceptos legales, pues la normativa del artículo 1.057 sólo está prevista para una actuación exclusiva del contador, como veremos a continuación.

3.ª *Teoría de la aproximación de la partición conjunta a la partición de herederos.*—Numerosas resoluciones de la Dirección General, antes apuntadas para otro propósito (el de la viabilidad legal de la partición conjunta), pueden ser citadas aquí para comprobar que la Dirección tiende a aplicar a la partición conjunta las normas de la partición de herederos, excluyendo las de la partición exclusiva de contador.

La resolución de 9 de septiembre de 1895 (caso del Registro de Nava del Rey) considera que la partición realizada por el contador en unión de los herederos es «una partición contractual de herederos, no unilateral del contador», con la consecuencia de que deben aplicarse las «reglas generales de la división de la herencia».

La resolución de 12 de noviembre de 1895 (caso del Registro de Avila), ante una intervención conjunta de contador y herederos, resuelve en el sentido de que no es una partición del artículo 1.057, exigiendo el requisito de la aprobación judicial propio de la partición de herederos existiendo menores no representados por los padres.

La resolución de 25 de mayo de 1906 (caso del Registro de Villacarrillo), ante un supuesto de partición conjunta de contador y algunos de los herederos, señala que en tal caso deben regir las reglas generales de la partición de herederos y no el artículo 1.057 del Código civil.

La resolución de 9 de enero de 1918 (caso del Registro de Badajoz), ante otro supuesto de partición de contador en unión de alguno de los interesados, advierte que «esta sustitución de un acto unilateral realizable bajo la exclusiva responsabilidad de los comisarios y de característico alcance, por un convenio plurilateral en el que se transige y conviene sin representar a todos los interesados, impide...».

La resolución de 27 de febrero de 1922 (caso del Registro de Berja) dice lo siguiente en otro supuesto de partición conjunta: «La mencionada escritura no puede reputarse como un instrumento autorizante de operaciones testamentarias ejecutadas por contador-partidor, con todos los efectos y alcance que a las de su clase les atribuye el artículo 1.057, cuya fuerza y vigor emana solamente de las disposiciones legales que expresamente las autorizan, sino que tal escritura ha de estimarse comprendida entre las que prevé el artículo 1.058 y, por tanto, sujeta a los principios generales del régimen contractual, y para que tuvieran validez

y eficacia los variados pactos que contiene aquella para todos los interesados en la herencia era indispensable que hubieran concurrido a la misma todos los instituidos, según el artículo 1.058 citado, en concordancia con los 1.091, 1.254 y 1.259 del Código civil».

La resolución de 6 de abril de 1962 (caso del Registro de Lucena) ya hemos visto que dice que en las particiones de contador con intervención conjunta de los herederos se produce «una mezcla de operaciones divisorias de tipo contractual con las declaraciones distributivas del representante del testador, que si en algunos casos no pueden desvirtuar la naturaleza privilegiada y unilateral del acto, en la mayoría operan una auténtica transformación, convirtiéndolo en un verdadero contrato particional». Y, además, añade: «Considerando que en la escritura calificada se advierte que el contador-partidor nombrado no realiza por sí mismo ninguna operación testamentaria, sino que son los mismos herederos, en unión del contador-partidor, quienes formalizan el inventario, avalúo, liquidación y adjudicaciones correspondientes, y por ello no puede reputarse el acto comprendido en el artículo 1.057 del Código civil, sino debe estimarse como uno de los previstos en el artículo 1.058, sujeto, por tanto, a los principios generales del régimen contractual, según los cuales, conforme al artículo 1.060, podrá el heredero menor de edad comparecer debidamente representado por su madre, sin que por ello sea necesaria la aprobación judicial».

La resolución de 15 de julio de 1943 (caso del Registro de Santa Fe), aunque hemos visto que rechaza la figura de la partición conjunta, y en ese aspecto la hemos criticado, sin embargo, contiene una serie de declaraciones y explicaciones de por qué no se pueden aplicar en tal caso las normas de la partición de contador del artículo 1.057 del Código civil. En este sentido, tales declaraciones, debidamente separadas de la conclusión a que llega, nos pueden servir para explicar aquella otra línea jurisprudencial que admite la partición conjunta y la aproxima a la partición de herederos, excluyendo la normativa de la partición de contador. Por eso, aunque, a efectos de delimitar la *ratio* de esa resolución, no cabe fraccionar sus declaraciones separándolas unas de otras, a efectos de orientarnos y completar aquellas otras resoluciones podemos citar las explicaciones que da la resolución para excluir de tales casos la aplicación del artículo 1.057. En el «Considerando» primero indica que los contadores-partidores del citado precepto «representan la voluntad e interpretan las disposiciones del testador, en la máxima medida que por nuestra legislación vigente se admite». En el segundo «Considerando» destaca que «entre los caracteres asignados al cargo de contador destaca de manera preferente el de ser personalísimo, pues descansa en la confianza

y seguridad que inspira al testador por sus condiciones personales, moralidad o probidad reconocida, de tal manera que sus atribuciones pueden ser muy extensas dentro de los límites señalados». En el tercer «Considerando», deduce de lo expuesto, «el carácter unilateral que tiene el acto jurídico realizado por el comisario y la necesidad de que éste, previa la información y asesoramientos que estime oportunos, realice sin precesiones ni disputas su misión, como juez imparcial». En el último «Considerando» indica que en tal actuación conjunta el comisario interviene «más como parte contratante que como autoridad dirimente».

Vemos, pues, que en esta resolución se contienen una serie de razones en contra de la asimilación de la partición conjunta a la partición de contador. Lástima que esos impecables razonamientos hayan llevado a la conclusión de que la partición conjunta produce confusión y contradicción en la partición, en lugar de limitarse a decir que, en tal caso, son aplicables las reglas generales de la división de herencia, como dicen las restantes resoluciones extractadas.

Esta línea jurisprudencial, con esa explicación paradójica en la resolución contraria de 15 de julio de 1943, no queda empañada por otras resoluciones que, a primera vista, parecen seguir la tesis opuesta al aplicar las normas de la partición de contador. Nos referimos a tres resoluciones, las de 7 de marzo de 1914 (caso del Registro de Rute), 6 de marzo de 1930 (caso del Registro de Valmaseda) y 26 de marzo de 1952 (caso del Registro de Marchena), que, ante intervenciones de contador y herederos en la misma escritura, aplican la regulación del artículo 1.057 del Código civil, entendiendo que se trataba de partición de contador. Pero estas resoluciones no dicen que la partición conjunta de contador y herederos se rija por el artículo 1.057, sino que contemplan supuestos de hecho en que se decidió que no había tal partición conjunta, a pesar de intervenir también los herederos en la escritura, pues se trataba de caso de «partición de contador con aprobación de los herederos» en el sentir de tales resoluciones; y, claro está, desde tal perspectiva, la partición de contador no quedaba desnaturalizada ni transformada por esa intervención *a posteriori* de los herederos. Al tratar de la partición de contador con aprobación de los herederos analizaremos estas resoluciones. Ahora baste indicar que la doctrina que de las mismas resulta no es incompatible con las otras resoluciones anteriormente expuestas, pues repetimos que contemplan un supuesto de hecho distinto.

Nuestra postura.—Nosotros aceptamos esta tercera teoría que considera aplicables a la partición conjunta las normas de la partición de herederos, siempre que se haga la matización de que se trata de una *aproximación* de la partición conjunta a la partición de herederos, y no

de una equiparación total. La Dirección no ha tenido ocasión de matizar en los casos examinados si se trataba de una aproximación o de una equiparación, pues en ellas se discutía solamente la aplicación de un requisito en concreto de la partición de contador o de herederos, resolviéndose en pro de la aplicación de la normativa de la partición de éstos y no de aquél. Pero nosotros, que estamos estudiando el problema de la naturaleza jurídica, en términos generales, tenemos que precisar que la asimilación no es total. Ciertamente queda excluida la normativa privilegiada de la partición de contador, pero de ahí no se desprende que éste haya de ser completamente olvidado, pues interviene en la partición y de algún modo influye en la misma. Por tanto, no puede decirse que la partición conjunta de contador y herederos es igual a la partición exclusiva de herederos. Si se dijera esto se olvidaría que, en la legislación vigente, los herederos no pueden prescindir del contador, y que precisamente su intervención, aunque no atrae la aplicación del artículo 1.057, evita que pueda tacharse de irregular la partición por no haber intervenido el comisario.

En concreto, he aquí las consecuencias prácticas que vemos en la colaboración del comisario con los herederos, las cuales excluyen la idea de una equiparación total de la partición conjunta con la partición de herederos:

1.ª La consecuencia fundamental es la que acabamos de apuntar: que la figura del contador y su intervención purifica el defecto que podría producirse si la partición la realizaran exclusivamente los herederos prescindiendo del comisario.

2.ª Supongamos que el testador ha nombrado varios contadores solidarios y que ha realizado la partición conjunta con los herederos uno solo de dichos contadores. Si se entendiera que con la partición conjunta se esfuma la figura del contador, por equiparación total con la partición exclusiva de herederos, se llegaría a la consecuencia de que el contador que intervino no es suficiente (pues se habla de que queda esfumada su intervención) y debe ratificar la partición el otro contador. Pero entonces se va contra la regla de solidaridad de contadores consistente en que basta que intervenga cualquiera de ellos. Por ello creemos que, a efectos de cumplir con la norma resultante del artículo 1.058 del Código civil, de que los herederos no pueden prescindir del comisario, no queda incumplida porque la partición haya sido hecha conjuntamente por los herederos con uno de los contadores solidarios. Esta opinión no obsta para que aconsejamos, como en todo caso de solidaridad de nombramiento de contadores, que, si es posible, intervengan todos los contadores solidarios en la partición, con objeto de evitar particiones duplicadas y con-

tradictorias, o por lo menos que se exprese la razón de la no intervención del otro contador, aunque no sea imperativo expresar tal extremo.

3.^a Supongamos que el contador solidario que intervino en la partición junto con los herederos es incapaz o inhábil. Esta hipótesis es otro argumento para hacer ver que no hay que olvidar la figura del contador en la partición conjunta. Y es que hay que calificar también la capacidad del comisario, por lo que si éste es inhábil lo hecho por él equivale a lo hecho por «no comisario» (33), con la consecuencia de que habría que requerir la intervención del otro contador solidario, a no ser que se hubiera excusado o hubiera fallecido o renunciado, pues entonces valdría la actuación exclusiva de los herederos por «no existir ningún comisario». Pero lo que queremos demostrar ahora es que en la partición conjunta no se puede prescindir sin más del análisis de la figura del contador para centrarse exclusivamente en los herederos.

4.^a Otra consecuencia práctica que impide olvidar al contador de una partición conjunta: si todos los interesados (herederos y contador) se han reservado en las cláusulas finales de la escritura facultades llamadas «residuales», que les permitan volver a intervenir, en los mismos términos, si aparecen otros bienes de la herencia, la adición posterior a la partición no podrán realizarla exclusivamente los herederos, sino que deben contar también con el comisario, por lo menos siempre que no haya transcurrido el plazo de su encargo. Luego he aquí otra razón para no considerar esfumada la figura del comisario de la partición conjunta.

5.^a A efectos de retribución, cuando tenga derecho a ella, creemos que no puede negársele por el hecho de no haber realizado la partición él solo, sino en forma conjunta, pues lo cierto es que ha intervenido en las operaciones y la retribución se percibe por los trabajos realizados, no por la actuación personalísima; a no ser, claro está, que el testador hubiera condicionado los honorarios a la intervención exclusiva del contador.

Hemos tratado de demostrar que la figura del comisario no es totalmente inútil en la partición conjunta, y que, por ello, no debe ser olvidado diciendo que dicha partición de contador y herederos se equipara totalmente a la partición de herederos.

Pero esto no significa que defendamos la postura mixta o acumulativa antes expuesta. Sólo admitimos la idea de *tertium genus* en el sentido de que ha de ser tenida en cuenta, al lado de los herederos, la figura del

(33) En este sentido, con referencia al albacea en general, ALBALADEJO, en obra citada en nota 20, pág. 674, dice textualmente: «Yo creo que quien entró (realmente no entró) en el albaceazgo sin la aptitud requerida es tan no albacea como el que más, ya que se trata de que, legalmente hablando, albacea sólo pueden serlo las personas idóneas».

comisario; en cambio, ya hemos dicho que no han de aplicarse las normas de la partición del comisario. Distinguimos, pues, entre «comisario» y «partición del comisario». «Comisario» es la persona facultada por el testador para realizar la partición, y puede hacerla por sí solo (partición del comisario) o en forma conjunta con los herederos (partición conjunta). El comisario está presente en la partición conjunta y su figura da ese tono de *tertium genus* sólo en el sentido derivado de las cinco consecuencias que acabamos de apuntar. En cambio, «partición de comisario», en sentido legal, es la partición privilegiada del artículo 1.057 del Código civil, que exige la intervención exclusiva y personalísima del comisario, a diferencia de la partición conjunta. En contra de la tesis acumulativa o mixta, entendemos que esa «partición de comisario del artículo 1.057» y sus correspondientes normas (citación al inventario, no necesidad de aprobación judicial, etc.) deben considerarse extrañas a la partición conjunta.

Volvamos ahora a lo que hemos dicho al principio de este epígrafe que recoge nuestra postura: que defendemos la teoría patrocinada por la Dirección de que deben ser aplicadas a la partición conjunta las normas de la partición de herederos, lo cual significa, en nuestra opinión, una aproximación de la partición conjunta a la partición de herederos, pues insistimos en que hay que dejar a salvo esas consecuencias prácticas derivadas de tener en cuenta al comisario (no a la partición de comisario).

¿Y por qué defendemos la doctrina de la Dirección que aproxima la partición conjunta a la partición de herederos y excluimos la equiparación a la partición de comisario y la teoría mixta o acumulativa? Por estas tres razones obtenidas por una exploración de las resoluciones apuntadas:

1.^a El carácter personalísimo del cargo de comisario y la naturaleza unilateral de su actuación, como mandatario *sui generis* del testador, impiden que pueda ser aplicado el artículo 1.057 del Código civil cuando ese carácter personalísimo y esa unilateralidad quedan oscurecidos por la intervención conjunta de contador y herederos. En cambio, las normas de la partición de herederos no deben quedar excluidas por esa intervención adicional del comisario, máxime teniendo en cuenta que es necesaria su intervención en la legislación vigente (art. 1.058 del Código civil).

2.^a El contador de la partición contemplada en el artículo 1.057 (como distinta de la partición ordinaria) es lógico que actúe como un juez imparcial y como una autoridad dirimente, pues por eso la partición realizada por él tiene normas especiales, y si intervienen en las operacio-

nes los herederos desaparece o se limita de algún modo esa imparcialidad del comisario y esa caracterización del mismo como autoridad dirimente.

3.^a Hay unanimidad en reconocer que la partición de contador del artículo 1.057 del Código civil es una partición excepcional y privilegiada y que la partición de herederos representa la partición ordinaria, o sea, las normas generales de la división de la herencia. Así, por ejemplo, el artículo 1.057 del Código civil, según opinión dominante, supone la derogación parcial del artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de que la aprobación judicial no es necesaria tratándose de partición de contador (34). En cambio, dicho artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe ser aplicado cuando se trate de partición de herederos si los menores no están representados por el padre o la madre (artículo 1.060, *a sensu contrario*). Pues bien, si la partición de contador es excepcional y la de herederos la ordinaria, puestos a aplicar una u otra normativa a la partición conjunta, en que intervienen ambos elementos, habrá que decidirse (una vez excluida la aplicación de ambas, por lo ya dicho) por las reglas de la partición ordinaria de herederos, ya que la partición de contador, al ser excepcional y privilegiada y suponer la derogación de ciertos principios generales de la división de herencia, sólo cabe aplicarla cuando se den estrictamente los requisitos de la misma; y resulta que dentro del artículo 1.057 del Código civil sólo cabe, según su letra, la partición realizada por contador, no por el contador y los herederos, que, según dijimos, es una hipótesis no contemplada por dicho precepto. En cambio, los artículos 1.058 y siguientes y demás normativa de la partición de herederos deben ser aplicados, pues representan las normas comunes o generales de la partición, que atraen hacia ella el supuesto de partición conjunta, no regulado especialmente.

VI. CONSECUENCIAS PRACTICAS DE LA «APROXIMACION» DE LA PARTICION CONJUNTA A LA PARTICION DE HEREDEROS EN CUANTO A NORMATIVA APLICABLE

He aquí una serie de consecuencias prácticas de la teoría de la «aproximación de la partición conjunta a la partición de herederos, que revelarán no sólo la importancia del epígrafe relativo a la naturaleza jurídica

(34) Así, Resoluciones de 5 de octubre de 1893, 21 de enero de 1898, 5 de octubre de 1900, 2 de agosto de 1909, 26 de agosto de 1909 y 7 de marzo de 1914. No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo cita en su totalidad el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (incluso en lo referente a los contadores), pero su doctrina no afecta al problema, pues se refería a una partición practicada por herederos, no por contador, por lo que en tal caso no hay duda de que es aplicable el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

de esta figura, sino también las diferencias prácticas existentes entre la misma y la partición exclusiva de contador con simple aprobación posterior de los herederos o con intervención de éstos en la escritura a otros efectos, que, por no ser formas de partición conjunta, no llevan consigo las consecuencias que ahora exponemos:

1.^a *Aplicación del requisito de la unanimidad de los herederos.*—Según resulta de los artículos 1.058 y 1.059 del Código civil, en la partición contractual los herederos deben intervenir todos ellos, pues en otro caso la partición no reúne los requisitos legales. Pues bien, aproximada la partición conjunta de contador y herederos a la partición realizada por éstos, será también exigible, a efectos de inscripción, ese requisito de que intervengan todos los herederos junto con el contador. Por tanto, si la partición consta realizada en forma conjunta por el contador y algunos de los herederos, se trata de una partición conjunta defectuosa que exige, para su eficacia e inscripción, la ratificación de los que no intervinieron. Esto mismo resulta de las resoluciones de 9 de enero de 1918, 27 de febrero de 1922 y 15 de julio de 1943.

La resolución de 9 de enero de 1918 (caso del Registro de Badajoz), ante la interpretación dada a una cláusula dudosa del testamento por el contador y algunos de los interesados, advierte que la «sustitución de un acto unilateral realizable bajo la exclusiva responsabilidad de los comisarios y de característico alcance, por un convenio plurilateral en el que se transige y conviene *sin representar a todos los interesados*, impide conceder a las declaraciones y supuestos particionales la decisiva influencia sobre la que el Presidente de la Audiencia apoya su resolución».

La resolución de 27 de febrero de 1922 (caso del Registro de Berja) exige expresamente el requisito de la unanimidad, diciendo que «para que tuvieran validez y eficacia los variados pactos que contiene aquélla (la escritura) para todos los interesados en la herencia, era indispensable que hubieran concurrido a la misma *todos los instituidos*, según el artículo 1.058 citado, en concordancia con los 1.091, 1.254 y 1.295 del Código civil».

La resolución de 15 de julio de 1943 (caso del Registro de Santa Fe), aunque su declaración fundamental es la exclusión de la partición conjunta por aquellos tres argumentos que antes rebatimos, y, por tanto, no habría que citarla a los efectos que ahora estudiamos; sin embargo, contempla la falta del requisito de la unanimidad como un defecto subsidiario, es decir, aun en el supuesto de que fuera admisible la partición conjunta de contador y herederos, «siempre queda en pie la afirmación de que algunos herederos y *no todos* han tomado acuerdos que el comisario convalida más como parte contratante que como autoridad dirimente».

Aunque de éstas y de las demás resoluciones que ahora citaremos ya nos hemos ocupado, ahora las estamos reseñando de nuevo, pero subrayando el especial aspecto que nos interesa en este epígrafe.

2.^a *El requisito de la capacidad de los herederos.*—La teoría de la «aproximación» de la partición conjunta a la partición de herederos exige la calificación de si los herederos tienen o no capacidad suficiente para la realización de las operaciones particionales y, en su caso, si se ha completado debidamente su falta de capacidad. En cambio, si la partición conjunta se equiparase a la partición de contador, sería intrascendente este problema a efectos de inscripción de la partición, pues siempre podría inscribirse sin hacer referencia a la intervención de los herederos, como acto unilateral del contador y considerando aquella intervención como un requisito innecesario, cuyas deficiencias no repercutirían en la partición por aplicación del aforismo *utile per inutile non vitiatur*. Pero hemos visto que no es ésa la posición adecuada respecto a la naturaleza jurídica de la partición conjunta, y ello supone atender al problema de la capacidad de los herederos y a la representación legal de los mismos. Por ejemplo, en la resolución de 9 de septiembre de 1895 (caso del Registro de Nava del Rey) se considera necesario «dejar bien acreditada la representación de los menores».

3.^a *El problema de la incompatibilidad de intereses entre padre e hijo y el nombramiento de defensor judicial.*—Esto se plantea de modo diferente en la partición de contador y en la de herederos. En la partición de contador del artículo 1.057 sólo se plantea la cuestión de incompatibilidad de intereses entre padre e hijo a propósito de la citación al inventario. Y si ambos son herederos y el padre no está interesado en la liquidación de la sociedad conyugal o en otra herencia que se formaliza al mismo tiempo, no tiene por qué apreciarse incompatibilidad de intereses entre padre e hijo, porque, aunque ambos sean herederos, el interés de uno y otro en el inventario no es contradictorio, sino concordante (35). Otra cosa sucede si, como acabamos de decir, el padre es el cónyuge viudo de la causante y tiene interés en la liquidación de la sociedad conyugal, pues en tal caso la incompatibilidad de intereses se pone también de manifiesto en el inventario, ya que se trata de delimitar el inventario de la herencia y el de la otra mitad de gananciales. Pero lo que queremos resaltar es que en la partición de contador el problema de la incompatibilidad de intereses entre el padre y el hijo menor y el nombramiento de defensor judicial se plantea con matices distintos que en el caso de realización de todas las operaciones particionales por el padre como representante de los hijos menores. Así, en ese mismo supuesto de que ambos

(35) En este sentido, RUIZ ARTACHO, *ob. cit.* en nota 1, pág. 260.

sean herederos, la incompatibilidad de intereses se produce en todo caso si el padre, que es heredero, interviene en todas las operaciones no sólo en su propio nombre, sino en representación del menor, por lo que el nombramiento de defensor judicial se exigiría sin tener en cuenta esas distinciones que hemos hecho a propósito de la operación exclusiva de inventario, en que la incompatibilidad de intereses no tiene por qué existir siempre.

Y como la partición conjunta se «aproxima» a la partición de herederos, si, además de contador, realiza la partición el padre en representación de sus hijos menores, siendo todos ellos herederos, será necesario siempre el nombramiento de defensor judicial. En cambio, si el padre no realiza operaciones particionales, sino que se limita exclusivamente a intervenir en el inventario en la partición exclusiva del contador y a los solos efectos de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.057, el nombramiento de defensor judicial tendrá lugar en unos casos, pero en otros no, según el padre tenga además interés en otros inventarios que se practican conjuntamente con el inventario de la herencia en cuestión.

4.^a *El requisito de la aprobación judicial en el supuesto de menores no representados por los padres.*—La partición conjunta de contador y herederos en que intervenga un defensor judicial en representación de los menores precisa de la aprobación judicial, pues, al no ser aplicable el artículo 1.057 del Código civil, dicha aprobación resulta de lo dispuesto en el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la aplicación *a sensu contrario* del artículo 1.060 del Código. En cambio, si se tratase de partición exclusiva de contador, la aprobación judicial de la partición no sería necesaria, por prevalecer la tesis de que el artículo 1.057 ha derogado parcialmente el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (36).

La repetida resolución de 9 de septiembre de 1895 (caso del Registro de Nava del Rey) insiste también en este punto, diciendo que es necesario «someter la partición a la aprobación judicial, por no ser pertinente al caso (de partición de contador y herederos) la excepción del artículo 1.060 del Código civil, sino la regla del artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

En el caso de la resolución de 25 de mayo de 1906 (Registro de Villacarrillo) el Registrador denegó la inscripción por el defecto de faltar la aprobación judicial y la Dirección confirma la nota, entendiendo que «debe someterse la partición a la aprobación judicial, conforme a lo establecido en los artículos 1.060 del Código y 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

6.^a *El requisito de la autorización del Consejo de Familia.*—Paralelamente a lo que acabamos de decir, al no ser aplicable el artículo 1.057 a

(36) Véase lo dicho en la nota 34.

la partición conjunta, será necesaria la autorización del Consejo de Familia de aquella partición conjunta de contador y tutor en representación menor o incapacitado. En cambio, no debe exigirse, además, la aprobación judicial, pues ésta ha de entenderse sustituida por la autorización del Consejo de Familia (37).

6.^a *Requisitos en caso de herederos ausentes.*—Si se trata de partición exclusiva de contador, no es necesario que intervengan representantes del ausente ni que éste tenga autorización judicial. En cambio, si junto al contador realizan las operaciones particionales algunos herederos, ha de exigirse también la intervención del representante del ausente y la autorización judicial, salvo si el representante es el cónyuge, hijo o ascendiente del mismo (38). Y esto es así precisamente por la «aproximación» de la partición conjunta a la normativa de la partición de herederos.

7.^a *En la partición conjunta no es necesario el requisito de la citación al inventario.*—Si se aplicasen a la partición de contador y herederos las normas de la partición de contador, habría que exigir, en caso de existir menores o sujetos a tutela, el requisito de la citación al inventario de herederos, acreedores y legatarios, conforme al párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código civil. Pero como la partición conjunta no se rige por este precepto, no es necesario dar cumplimiento a lo prevenido en el mismo. Naturalmente, en la partición conjunta hemos dicho que deben intervenir todos los herederos en la partición, por lo cual parece que es innecesario plantear ese supuesto, ya que al intervenir en la partición dan por bien hecho el inventario. Pero nosotros lo planteamos no respecto a los herederos, sino en relación con los acreedores y legatarios, también aludidos en el artículo 1.057, con la consecuencia de que no hay necesidad, tratándose de partición conjunta, de citar al inventario a los mismos. Este es el único aspecto en que la partición de contador y herederos es

(37) Aunque la sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de febrero de 1906 consideró necesaria la aprobación judicial porque la autorización del Consejo de Familia se limita a habilitar al tutor para representar al pupilo, la Dirección General de los Registros entiende que tal autorización del Consejo de Familia no es una mera fórmula, «sino que, por el contrario, el precepto impone una íntima y estrecha solidaridad al tutor y al Consejo en cuanto al contrato particional, y como los demás apartados del mismo artículo (269 C. c.) hacen del tutor un órgano ejecutivo de la voluntad del Consejo, según se pone de relieve en los artículos 270, 271 y 274 del mismo Código respecto de la enajenación y transacción, de modo que parece de suma conveniencia que el Consejo, ultimada la partición, la apruebe, o bien que al dar la autorización fije las bases o instrucciones a que el tutor rigurosamente debe ceñirse» (Resolución de 30 de octubre de 1943). En realidad, la Dirección parte de distinta perspectiva que aquella sentencia, pues configura la autorización del Consejo de Familia con un contenido determinado si adopta la forma de «autorización previa» o como una verdadera aprobación de la partición si el Consejo cumple el requisito con posterioridad a la partición.

(38) Véanse los artículos 1.041, 1.043 y 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

más sencilla en cuanto a exigencias de requisitos que la partición de contador.

La resolución de 6 de abril de 1962 (caso del Registro de Lucena) confirma lo que acabamos de decir. El Registrador suspendió la inscripción de una escritura de partición conjunta de contador y herederos porque no se había dado cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código civil, ya que en la escritura se aludía a una deuda y no había sido citado el acreedor. La Dirección revoca la nota porque, al formalizar los herederos, en unión del contador, las operaciones particionales, «no puede reputarse el acto comprendido en el artículo 1.057 del Código civil, sino debe estimarse como uno de los previstos en el artículo 1.058».

8.ª *El problema de las facultades privilegiadas del contador respecto a la interpretación de cláusulas dudosas del testamento.*—Sabido es que varias resoluciones de la Dirección General excluyen de la calificación del Registrador el acierto o desacierto de la interpretación del testamento realizada por el contador. Naturalmente, lo que creemos que no puede hacer el contador es desvirtuar el testamento en aquellos puntos que son claros, pues entonces entraría en acción la calificación registral. Pero fijémonos ahora en ese otro supuesto de cláusulas dudosas en que se destaca el carácter privilegiado de la interpretación del contador inmune a la calificación registral. En relación con el tema que nos ocupa, hemos de decir que esa facultad privilegiada del contador desaparece cuando no realiza por sí solo la partición, sino que la realiza en unión de los herederos.

Así se desprende de la resolución de 9 de enero de 1918 (caso del Registro de Badajoz), antes citada al tratar de la primera consecuencia práctica.

VII. ELEMENTOS PARA LA CARACTERIZACION DE LA PARTICION COMO CONJUNTA

Acabamos de examinar una serie de consecuencias prácticas derivadas de la calificación de la partición como conjunta, que suponen una importante diferenciación de este tipo de partición de otros supuestos en que la actuación del contador no deja de ser unilateral, aunque intervengan los herederos en la escritura a otros efectos.

Si existen tales consecuencias diferentes según se trate de partición conjunta o de partición de contador con intervención de los herederos a otros efectos, y si la distinción entre ambas clases de partición no puede basarse en el mero hecho de comparecencia de contador y herederos en la escritura, por ser éste un dato superficial carente de matices, habrá que

buscar los elementos claves para delimitar con claridad la partición conjunta de contador y herederos y poderla distinguir de la partición de contador con aprobación de los herederos o con intervención de éstos a otros efectos.

Podemos resumir el criterio fundamental de distinción diciendo que la partición es conjunta si se dan estos tres elementos:

1.º *Realización conjunta* por contador y herederos de operaciones particionales.

2.º Intervención de contador y *todos o algunos* de los herederos.

3.º Realización conjunta de *todas o algunas* de las operaciones particionales.

1.º REALIZACIÓN CONJUNTA DE LA PARTICIÓN

Parece una perogrullada decir que la partición conjunta requiere este elemento de *realización conjunta* de la partición por el contador y los herederos. Pero después de haber apuntado que existen otras fórmulas de partición en que se produce una *intervención conjunta* de contador y herederos en la escritura, como son los supuestos de simple aprobación de la partición por los herederos o intervención de éstos para aceptar la herencia o para otro acto distinto de la partición, nos parece conveniente y fundamental insistir en el requisito de la «realización conjunta» de las operaciones, para diferenciarlo de la «simple intervención o comparecencia conjunta en el documento».

Lo que interesa es «realizar» operaciones en forma conjunta, no presenciadas o aprobarlas simplemente. Por tanto, si los herederos intervienen en la escritura de partición manifestando que no realizan las operaciones particionales, sino que se limitan a aceptar la herencia o a aprobar la partición exclusivamente realizada por el comisario, no hay base, en principio, para hablar de partición conjunta, pues no se produce esa realización conjunta.

«Realizar» la partición es intervenir directamente en las operaciones de partición, no en otros actos distintos, aunque se otorguen en la misma escritura.

Ahora bien, «la realización conjunta de la partición» hemos visto que puede producirse bajo dos formas: por conjunción simultánea, si los herederos y el contador, en el mismo momento e instrumento, manifiestan que han realizado la partición; y por conjunción sucesiva, cuando, habiendo realizado en principio la partición el contador, los herederos intervienen posteriormente en aquélla, bien se manifieste esta actuación posterior en el mismo documento de partición o en otro posterior.

Respecto a la realización conjunta «simultánea» no hay problema: el contador y los herederos han otorgado en forma conjunta la partición. Pero cabe preguntarse cómo es posible hablar de «conjunción sucesiva en el tiempo». Podemos contestar a esto diciendo que en principio es cierto que no cabe tal realización conjunta de la partición de modo sucesivo. Ello es así porque si el contador otorgó de modo unilateral y por sí solo la partición, la actuación posterior de los herederos (sea en el mismo documento particional o en otro posterior) no puede implicar una realización de lo que ya está otorgado por el contador de modo exclusivo. No obstante, añadimos que cabe perfectamente la realización conjunta en forma sucesiva, siempre que el contador al otorgar la partición se haya excedido de sus típicas facultades, pues entonces sólo se puede decir que «ha realizado» aquello para lo que tenía facultades, y que «lo realizado con exceso» es como si no lo hubiera realizado. Por ello, si posteriormente ratifican o aprueban los herederos la actuación del comisario hay que interpretar que es una ratificación «en sentido estricto», es decir, supone una «realización» de lo «no realizado por el comisario» (o sea, lo realizado fuera de sus funciones). Y como partimos del supuesto de que haya un íntimo enlace, sin posible separación, entre aquello que realizó el comisario dentro de sus facultades y aquello en lo que se excedió, la ratificación o aprobación posterior de los herederos, en tal supuesto, y sólo en tal supuesto, implica o equivale a realización conjunta de las operaciones por contador y herederos. Después insistiremos en esta modalidad de realización conjunta al hablar de los diferentes supuestos de partición con aprobación de los herederos, pues uno de ellos implica, como acabamos de decir, partición conjunta, aunque la fórmula notarial aluda a la aprobación.

En resumen, podemos decir que «realización conjunta» significa, por regla general, otorgamiento *simultáneo* de las operaciones particionales por parte del contador y los herederos, por lo que debe diferenciarse de la partición de contador con *aprobación* de los herederos o con intervención de éstos en la escritura a efectos distintos de las operaciones particionales; pero hemos hecho esa salvedad de que también es una forma de «realización conjunta de la partición» aquella que, aun adoptando la fórmula externa de «partición de contador con aprobación de los herederos», la aprobación de éstos significa en realidad hacer suyo lo realizado por el contador, subsanando el exceso cometido por éste en el otorgamiento de la partición.

Todo esto demuestra que no siempre es sencillo delimitar si se ha producido o no partición conjunta, con las consecuencias apuntadas.

Para una mejor caracterización de este elemento hay que tener en

cuenta dos importantes aspectos de la interpretación del documento, a efectos registrales.

En primer lugar, la calificación registral ha de partir de una interpretación «intrínseca» del documento. Por tanto, no es admisible deducir, por presunciones extrañas al documento de partición, que ha sido otorgado en forma conjunta, saltando por encima de los términos empleados y de las declaraciones que constan en el mismo. Queremos decir que no puede partirse de la presunción de que todo documento que comprenda declaraciones de contador y herederos a propósito de una partición de herencia lleva el signo de la partición conjunta. Es verdad que, en la práctica, lo normal es que el contador hable con los herederos y les pida opiniones y trate de saber sus deseos. Pero esta práctica frecuente no debe llevar necesariamente a la figura de la partición conjunta, prescindiendo de los términos y declaraciones del documento. Por un lado, como dijo la resolución de 6 de marzo de 1930 (caso del Registro de Valmaseda) «los comisarios, sin necesidad de resignar sus poderes distributivos, pueden inquirir la opinión de los herederos, suavizar los criterios contradictorios y armonizar las diversas pretensiones para el mejor cumplimiento de la voluntad en ellos delegada»; lo que significa que no hay por qué presumir «realización conjunta de la partición» por la mera intervención conjunta de contador y herederos en la escritura, pues sería prescindir del acto final y definitivo, como es el otorgamiento del documento particional de modo unilateral por el contador; y se exageraría el sentido de esos actos preparatorios de colaboración de contador y herederos, ya que, si aquél no pierde su característica de autoridad decisora, no hay por qué suponer que la partición otorgada fue conjunta. Por otro lado, si en el documento particional consta de forma terminante que es el contador quien ha realizado de modo exclusivo la partición y que los herederos se limitan a aprobarla o a realizar otros actos distintos, el Registrador tampoco tiene facultades para basar su calificación en presunciones o actos anteriores a la partición, no recogidos en la escritura, sino que ha de estar a lo que resulte de ésta. Pongamos un ejemplo de qué es lo que el Registrador no debe hacer, dada la necesidad de seguir una «interpretación intrínseca o interna» del documento. En el caso de la resolución de 26 de marzo de 1952 (Registro de Marchena) se desliza un argumento en el informe del Registrador en defensa de la nota, que no nos parece convincente. Lo expondremos a título de curiosidad, pues no repercutió en la resolución de la Dirección. En dicho informe se deduce que la partición fue conjunta por dos razones, una de las cuales es acertada, pues se refiere a la adjudicación *in totum revolutum*, de la cual nos

ocuparemos después; la otra razón es la que queremos destacar ahora: aunque en la escritura se decía que la partición había sido realizada exclusivamente por el contador y que los herederos la «aprobaban», el poder otorgado por unas herederas a favor del mandatario que intervino en la escritura junto con el contador era un «poder para partir las herencias de sus padres», no una sola de ellas, ni tampoco «para aprobarlas». De los términos del poder deduce el informe (al lado de la otra razón apuntada) que la escritura de partición contenía una realización conjunta, a pesar del «afán formalista» de «querer contradecir la realidad de lo otorgado, mediante frases ambiguas y equívocas». Pero esta deducción olvida que hay que atenerse al documento de partición (interpretación «intrínseca») y que hay que prescindir de lo que pudo haberse hecho (lo que resulta del poder) para centrarse en lo que efectivamente se hizo (que sólo resulta de la escritura de partición).

En segundo lugar, la calificación registral no sólo ha de basarse en el documento, sino que ha de fundamentarse en una interpretación «sistemática» del mismo. Esto puede ser un correctivo de ese «formalismo» que denunciaba el Registrador en el informe que acabamos de examinar; pero un correctivo obtenido dentro del mismo documento, a base de escudriñar el total contenido del mismo, sin salirse de él. Queremos decir que, aunque en las cláusulas de la escritura se diga que la partición la ha realizado exclusivamente el contador y los herederos se han limitado a aprobarla, si de los antecedentes de la escritura o de otras cláusulas no resulta así, hay que estar al contexto del documento (interpretación sistemática) y no al «afán formalista» de las cláusulas finales. Así, por ejemplo, si en el cuaderno privado protocolizado se dice de una forma terminante que la partición ha sido realizada por el contador y los herederos, o por el contador en unión de los herederos, por mucho que luego en la escritura de protocolización se diga que aquella intervención de los herederos fue «simple aprobación» de lo realizado exclusivamente por el contador, no cabrá otra solución que la de calificar la partición como conjunta, pues por encima de los términos de alguna cláusula, está lo que resulta claramente de la totalidad del documento. Y lo mismo hay que decir del caso en que de los antecedentes o exposición de la escritura de partición resulte que ciertas operaciones han sido realizadas por el contador y herederos en forma conjunta, pues esto no puede ser olvidado y eliminado pensando sólo en las cláusulas finales que digan otra cosa.

Posición de la Dirección General sobre este elemento de caracterización de la partición conjunta.—Numerosas resoluciones que contemplan casos de partición conjunta distinguen éstas de la partición exclu-

siva de contador atendiendo precisamente al elemento que estudiamos. La resolución de 9 de septiembre de 1895 advierte que para que pueda hablarse de partición de contador del artículo 1.057 es necesario que «el comisario *ejecute por sí solo la partición*». En términos similares se pronuncia la resolución de 12 de noviembre de 1895: «que sea el contador y no él y otras personas quienes *realicen* el encargo del testador». En la resolución de 25 de mayo de 1906 se insiste en que el contador debe realizar por sí exclusivamente el encargo que el testador le confió. En la resolución de 9 de enero de 1918 se lee que los contadores partidores «lejos de interpretar *por sí... han otorgado en unión* de alguno de los interesados en la herencia una escritura de partición». La resolución de 27 de febrero de 1922 excluye la aplicación del artículo 1.057, según vimos, porque el contador-partidor «*no realizó por sí mismo*» las operaciones. La resolución de 15 de julio de 1943 deduce la existencia de partición conjunta por ciertas bases del cuaderno protocolizado, prescindiendo de otras declaraciones que se hacían sobre actuación exclusiva del contador o sobre «beneplácito» de los herederos (a pesar de que el Notario en el recurso decía que el beneplácito se da por obras ajenas, como argumento en pro de que la obra de partición había sido ajena a los herederos, y que no había sido conjunta); esta resolución es buen exponente de la necesidad de atender a la interpretación sistemática del documento y no a los términos empleados en alguna cláusula. Conocemos también la resolución de 6 de abril de 1962, que basa su decisión en que el contador partidor «*no realizó por sí mismo ninguna operación testamentaria*» (o sea, particional), sino por los herederos «*en unión*» del contador.

Las resoluciones de 7 de marzo de 1914, 6 de marzo de 1930 y 26 de marzo de 1952, que contemplan el supuesto distinto de partición exclusiva de contador con aprobación de los herederos, no contrarían a las anteriores, sino que las confirman, pues insisten en la realización exclusiva de las operaciones particionales por el contador para que pueda aplicarse el artículo 1.057, de donde se desprende que la realización conjunta de la partición por contador y herederos (que no fue el supuesto de esas resoluciones) impide la aplicación de ese artículo. Precisamente estas resoluciones confirman la idea que hemos señalado de que la «aprobación de los herederos», aunque se produzca en la misma escritura de partición del contador, no significa «realización de la partición» (salvo el problema del exceso de facultades, que no fue objeto de examen por tales resoluciones, por no ser ése el supuesto planteado).

2.º BASTA QUE REALICEN CONJUNTAMENTE LA PARTICIÓN
EL CONTADOR Y ALGUNOS DE LOS HEREDEROS,
AUNQUE NO INTERVENGAN TODOS

Antes hemos aludido a la necesidad de que el contador actúe por sí solo para que la partición sea de las contempladas en el artículo 1.057 del Código civil. Pues bien, ese requisito se pierde tanto si el contador realiza la partición con todos los herederos como si sólo intervienen algunos. Incluso si la intervención es de algunos herederos hay más base para excluir la aplicación del artículo 1.057, pues en tal caso hay mayor posibilidad de influencia sobre el contador, en perjuicio de los que no han intervenido, y queda más en entredicho la actuación imparcial y dirimente del contador.

La única diferencia entre la intervención de todos o algunos de los herederos es que en este último caso la partición conjunta ha de calificarse de defectuosa por faltar ese requisito anteriormente examinado de la unanimidad en la partición conjunta. Pero esto no quita para calificar ambos supuestos como de partición conjunta, con las demás consecuencias antes vistas, sin perjuicio de cumplir además el requisito de la unanimidad de los herederos en el supuesto de actuación de algunos en unión del comisario, ratificando los demás herederos la partición conjunta.

La Dirección General confirma estas apreciaciones en aquellas resoluciones que contemplan casos de partición realizada por el contador en unión de algunos de los herederos, pues exigen el requisito de la unanimidad, exigencia ésta que es consecuencia de haber excluido la idea de partición exclusiva de comisario, considerando el supuesto como de partición conjunta, aunque defectuosa hasta que se cumpla tal requisito.

Así las resoluciones de 9 de enero de 1918, 27 de febrero de 1922 y, en cierto modo, la de 15 de julio de 1943.

Pero si en el caso en cuestión se planteara además del requisito de la unanimidad otro problema de los anteriormente expuestos, como la aprobación judicial en caso de existir menores no representados por los padres, no sólo habría que subsanar la falta de unanimidad de los herederos, sino también el defecto de no haberse aprobado judicialmente la partición.

En cambio, LACRUZ no parece dar importancia a la concurrencia de algunos herederos a la partición del comisario, pues se limita a indicar lo siguiente: «La concurrencia de algunos herederos a la partición del comisario sólo podría valer como renuncia a impugnarla» (39). Nos-

(39) LACRUZ, *ob. cit.* en nota 3, pág. 241.

otros insistimos en lo dicho: si la concurrencia de esos herederos se concreta en la realización de operaciones particionales junto con el contador, da lugar a una forma de partición conjunta, por lo que, en tal caso, no implica sólo una renuncia a impugnar la partición, sino que produce la transformación de la partición de comisario en partición conjunta, con todas sus consecuencias; y si esa concurrencia de algunos herederos no supone realización de operaciones particionales, sino simple aprobación de la partición ya realizada por el comisario dentro de sus facultades, entonces sí puede decirse que sólo implica renuncia a impugnar esa partición, si bien matizando que sólo puede significar renuncia a impugnarla por causas derivadas de la actuación del comisario o por otra causa conocida en aquel momento, no una renuncia a todo evento, como tendremos ocasión de indicar más adelante.

3.º BASTA QUE LA REALIZACIÓN CONJUNTA SE REFIERA A ALGUNA OPERACIÓN PARTICIONAL, AUNQUE EL CONTADOR HAYA REALIZADO POR SÍ SOLO LAS RESTANTES

La actuación exclusiva del contador no sólo desaparece cuando los herederos realizan con él *todas* las operaciones, sino también cuando sólo realizan *alguna* de ellas. La razón de esto es que tales operaciones particionales no constituyen actos jurídicos aislados e independientes unos de otros, sino que integran todas ellas el acto complejo y unitario de la partición, que es el acto jurídico en sentido estricto, que no puede ser desglosado y fragmentado en la realidad jurídica. En este sentido, las operaciones particionales no son actos jurídicos sino medios o elementos que, todos juntos, dan lugar al acto jurídico de la partición. En consecuencia, si los herederos han realizado con el comisario alguna de las operaciones, no se puede decir que la partición ha sido conjunta en parte y exclusiva del contador en cuanto al resto de las operaciones, sino que habrá que concluir que ha sido realizado conjuntamente por contador y herederos, sin que importe, salvo la excepción que ahora expondremos, el grado de intervención de estos últimos.

Sabido es que las operaciones particionales típicas son: inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación. Pero, además, hay que incluir a estos efectos la colación, que se estudia como una operación íntimamente relacionada con la partición. Por tanto, si los herederos influyen decisivamente en la realización de una de esas operaciones, incluida la colación, hay que entender que han dejado su huella en el resultado final de la partición. No sólo por la razón técnica que aca-

bamos de indicar, sino también por la importancia de cada una de las operaciones en relación con el resultado de la partición.

Sin embargo, decíamos que se da una excepción, y es la intervención de los herederos en el inventario a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código civil. Este precepto exige la citación de los herederos (y acreedores y legatarios) para el inventario como requisito de la partición de contador en caso de existir menores o sujetos a tutela, sin que por ello se desnaturalice la partición exclusiva de contador. Pero esto es así por dos razones que no cabe ampliar a las demás operaciones particionales:

1.º Es una excepción que resulta de la propia regulación de la partición exclusiva de contador. Luego, quíerase o no, hay que aceptar este supuesto de intervención de los herederos en la partición del comisario, que no da lugar a la desnaturalización de la partición exclusiva de éste.

2.º Además, es una excepción que puede ser explicada del modo siguiente: en principio, no se trata de que los herederos intervengan en el inventario y decidan los bienes que han de constituirlo, pues se trata de una simple citación al mismo. Por tanto, puede suceder que no comparezcan a pesar de haber sido citados. Y si comparecen, pueden presenciarlo y enterarse del mismo e incluso formular algunas observaciones; pero la decisión final corresponde al contador, que puede no tener en cuenta dichas observaciones, sin perjuicio de ulteriores impugnaciones.

En definitiva, esa citación de los herederos al inventario es excepcional y puede ser explicada perfectamente sin necesidad de pensar en la realización conjunta del mismo por el contador y los herederos. Por ello, no es propiamente una excepción de la regla que hemos dado, y, aun en el supuesto de que lo fuera, ya hemos razonado que no cabe utilizarlo como argumento en contra de nuestra tesis de que la realización por los herederos de sólo algunas de las operaciones particionales junto con el contador desnaturaliza la partición exclusiva de ésta y la transforma en partición conjunta.

Para confirmar esa regla nos referiremos a dos resoluciones ya citadas: la de 27 de febrero de 1922 y la de 15 de julio de 1943.

En la resolución de 27 de febrero de 1922 (Registro de Berja) los herederos habían formalizado en unión del comisario las operaciones de avalúo, cuenta, partición y adjudicación; en cambio, constaba que la operación de inventario había sido realizada exclusivamente por el contador. Pues bien, esta actuación exclusiva del comisario en una de las operaciones no impide que la resolución califique la partición como conjunta, aunque la conjunción de actuaciones no se había producido íntegramente respecto a todas las operaciones.

Más clara a estos efectos es la resolución de 15 de julio de 1943 (Registro de Santa Fe), si bien hay que tener en cuenta lo que con reiteración hemos dicho, a saber, que sólo contempla la viabilidad de la partición conjunta de modo hipotético o subsidiario. En el caso de dicha resolución, los herederos no decían que habían realizado las operaciones junto con el contador, sino que se limitaron a hacer algunas declaraciones a propósito de la colación y de una adjudicación para pago de deuda, aparte de otras declaraciones de obra nueva sobre unos solares de la herencia, y aunque no participaron en *todas* las operaciones, la resolución, después de rechazar la figura de la partición conjunta, añade que «siempre queda en pie la afirmación de que algunos herederos y no todos han tomado acuerdos que el comisario convalida, más como parte contratante que como autoridad dirimente». Ya hemos explicado este inciso, que nuevamente viene a cuento aquí, a propósito de la regla que estamos analizando.

En cambio, la resolución de 26 de marzo de 1952 (Registro de Marchena) no tiene en cuenta la intervención conjunta de contador y herederos en la última operación de la partición, derivada de unas adjudicaciones *in totum revolutum*. Pero esta resolución merece crítica desfavorable en ese aspecto, pues no tiene en cuenta los argumentos que antes hemos señalado. De ella nos ocuparemos más adelante al tratar del problema de las adjudicaciones *in totum revolutum* en relación con la figura de la partición conjunta.

VIII. CONFRONTACION DE ESTOS ELEMENTOS DE CARACTERIZACION DE LA PARTICION CONJUNTA EN SUPUESTOS ESPECIALES

Existen algunos supuestos en que cabe discutir si se puede hablar o no de partición conjunta, o más bien de partición exclusiva de contador con posible intervención de los herederos a otros efectos, sin desnaturalizar la partición de contador. El examen de estos supuestos a la luz de los elementos antes apuntados decidirá la cuestión en el sentido de que la partición es conjunta.

Dichos supuestos, discutibles a primera vista, son:

- 1.º Partición de contador con intervención de los herederos para subsanar la preterición padecida en el testamento.
- 2.º Partición de dos herencias por el contador de una de ellas y los herederos de la otra, con adjudicaciones *in totum revolutum*.
- 3.º Partición de herencias por el contador y simultánea donación del

viudo a los herederos, con adjudicaciones por los títulos de donación y herencia *in totum revolutum*.

Examinaremos con separación estos tres supuestos.

A) PARTICIÓN DE CONTADOR CON INTERVENCIÓN DE LOS HEREDEROS PARA SUBSANAR LA PRETERICIÓN PADECIDA EN EL TESTAMENTO

Varias resoluciones de la Dirección General han admitido la posibilidad de que la preterición en el testamento se subsane por la conformidad de todos los interesados en la correspondiente escritura de partición. Así, las resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de enero de 1913, 10 de mayo de 1950 y 14 de agosto de 1959. En cambio, la resolución de 24 de enero de 1941 no admite esa forma de subsanación, pero es por las especiales circunstancias en que se produjo la escritura de partición, por lo cual no supone una ruptura de aquella línea jurisprudencial (40).

Nosotros, partiendo de esa posibilidad de subsanación de la preterición por la conformidad de todos los interesados, nos vamos a plantear la relación de ese problema con el supuesto de partición conjunta, a base de estudiar el caso de testamento en el que se nombra contador para realizar la partición y en el que se produce, además, preterición en el nombramiento de los herederos. Para solucionar este caso en la esfera extrajudicial (notarial y registral), ¿hay que acudir necesariamente a la figura de la partición conjunta de contador y herederos?, ¿o se puede articular la solución con la forma de partición exclusiva de todos los interesados prescindiendo del contador? ¿O bien, puede articularse el supuesto bajo la forma de partición exclusiva de contador con intervención de los herederos a efectos distintos de la realización de operaciones particionales?

Para poder contestar a estas preguntas, vamos a distinguir tres soluciones:

1.^a Teoría de la posibilidad de partición exclusiva de herederos.—

Según esta teoría, para solucionar ese supuesto de preterición en el testamento, todos los interesados, es decir, los herederos preteridos y los here-

(40) En el caso, el Consejo de Familia se avino a mantener la eficacia parcial de la institución hereditaria y asignar a la viuda privada de la patria potestad por ulteriores nupcias, no sólo el usufructo del tercio de mejora, sino además el pleno dominio del tercio de libre disposición, «procedimiento—dice la Resolución—que no sería lícito en el supuesto de reconocer la nulidad de la institución hereditaria, porque en tal caso este tercio correspondería al único hijo del causante» (el menor). En cambio, en las otras resoluciones «los interesados formalizaron las operaciones divisorias partiendo del acuerdo de reputar nula la institución de herederos y reconocieron a los descendientes el mismo derecho que si se hubiese abierto la sucesión intestada, antecedentes de notoria trascendencia jurídica y moral que no se dan en el presente recurso».

deros llamados, pueden convalidar la situación si formalizan la partición de mutuo acuerdo, prescindiendo del testamento y, por tanto, también del contador. De modo que, según esta idea, no hay necesidad de acudir a la fórmula de la partición conjunta de contador y herederos para solucionar el problema, sino que basta acudir a la partición exclusiva de los interesados prescindiendo del contador.

Es de suponer que aquellos autores que mantienen que los herederos pueden prescindir, de común acuerdo, del contador, aplicarán esta misma solución al caso específico que ahora estudiamos. Pero vamos a fijarnos especialmente en ALBALADEJO, pues este autor contempla de modo concreto el supuesto de preterición, y no sólo llega a ese resultado de que basta la partición exclusiva de los herederos (si bien, con las matizaciones antes apuntadas), sino que señala dicho supuesto como un argumento para defender la misma solución en otros casos distintos. Es decir, para ALBALADEJO los herederos, en caso de preterición del testamento, pueden prescindir del contador. Veamos sus propias palabras. Dicho autor destaca como argumento en pro de la exclusión de los albaceas por los herederos de mutuo acuerdo, «la jurisprudencia que admite que la invalidez del testamento pueda convalidarse por aceptación de aquél por los interesados», «ya que ello es tanto como permitir que la regulación de tal sucesión se rija por lo acordado por éstos», «y si se admite la ejecución de algo que no es lo dispuesto en el testamento» «mayor razón para permitir que por los interesados, y no por el albacea, se ejecute lo dispuesto» (41).

Nosotros no estamos de acuerdo con esta postura de ALBALADEJO. En primer lugar hay que tener en cuenta todo lo que antes dijimos al tratar del problema de si los herederos pueden prescindir del contador, pues allí llegamos a la conclusión de que en la legislación vigente esto no es admisible, y mucho menos a efectos notariales y registrales. A ello hay que añadir ahora, en relación con el caso de preterición, que ésta no da lugar a la nulidad total del testamento, sino sólo de la cláusula de institución de heredero; por tanto, quedan en pie las restantes cláusulas, es decir, las relativas a legados y otras disposiciones, y entre ellas, por qué no, la cláusula de nombramiento de contador. Además, se trata de subsanar o convalidar un aspecto del testamento en la esfera extrajudicial, por lo que, al no producirse declaración judicial de nulidad, lo más adecuado es contar con todos los posibles interesados. entre ellos el contador-partidor, cuyo nombramiento resulta del testamento. Por otro lado, si el contador es además albacea, no puede olvidarse que éste es el órgano oficial de interpretación y defensa del testamento, por lo que mal podrán

(41) ALBALADEJO, *ob. cit.* en nota 20, pág. 31, y nota 15 a pie de página.

los herederos por sí solos hacer deducciones acerca de la existencia de preterición sin contar con el albacea. En fin, la jurisprudencia no se ocupa del problema de si los herederos pueden prescindir del contador en el supuesto de preterición, por lo que mal puede fundarse ALBALADEJO en la misma. Respecto a la jurisprudencia registral señalada al principio, debe tenerse en cuenta que muchos se ocupan de supuestos en que no existía contador (así, las resoluciones de 20 de mayo de 1898, 31 de enero de 1913 y 10 de mayo de 1950). Y las resoluciones que se refieren al contador, como son las de 30 de junio de 1910 y 14 de agosto de 1959, cuentan con él en unión de los herederos, como ahora veremos, por lo que, de deducir algún criterio de la jurisprudencia registral, más bien habría que deducir el de la necesidad de partición conjunta.

2.^a *Teoría de la posibilidad de partición exclusiva de contador con intervención de los interesados a efectos distintos de las operaciones particionales.*—Exponemos esta teoría como hipótesis de trabajo antes de dar la tercera solución, que es la que consideramos acertada.

Según esta segunda hipótesis, en el caso de existir preterición en el testamento, como el nombramiento de contador sigue en pie, él es quien debe practicar las operaciones particionales, si bien se precisa la intervención de los herederos (previa, simultánea o posteriormente) no para realizar dichas operaciones, sino simplemente para rectificar el testamento, cuya rectificación ha de servir de base a la práctica de la partición por el contador. Por ello, los herederos podrían intervenir en la escritura a efectos distintos de la realización de las operaciones particionales, siendo esta matización muy importante, para concluir que las normas aplicables a la partición realizada no deben ser las de la partición conjunta, sino las de la partición exclusiva de contador, sin perjuicio de exigirse esa presencia de los herederos en la escritura al único efecto indicado.

Esta teoría no ha sido defendida por ningún autor, pero tiene el fuerte fundamento que resulta de la distinción entre el título testamentario y el título particional, con posible intervención separada a efectos de subsanar uno u otro, y, por otro lado, no da lugar a ninguna extraña figura, si se tiene en cuenta que no hay numerosos casos de intervención conjunta de contador y herederos en la escritura de partición, que no da lugar a partición conjunta. Precisamente, luego vamos a señalar varios supuestos de partición exclusiva de contador con intervención de los herederos en la escritura a otros efectos.

Sin embargo, esta posición no llega a ser convincente, por las razones que exponemos a continuación al tratar de la tercera vía de solución.

3.^a *Teoría de la partición conjunta de contador y herederos.*—En nuestra opinión, si en el testamento se ha nombrado contador-partidor, la existencia de preterición y la convalidación de la misma no excluyen la in-

intervención de aquél, sino todo lo contrario, la solución del problema se encuentra precisamente en la partición conjunta de contador y herederos, con las consecuencias prácticas inherentes a dicha clase de partición.

Nos basamos en los siguientes argumentos:

a) El contador-partidor recibe su encargo del testador, es un mandatario *sui generis* de éste (42). De aquí se desprende que ha de atenerse al testamento, de modo que si realiza las operaciones particionales por sí solo, partiendo de supuestos distintos de los previstos en el testamento, está excediéndose de su cometido. Es decir, en todo aquello en que se exceda no puede pensarse que actúa como mandatario del testador. Si los herederos (los preteridos y los nombrados en el testamento) deciden de común acuerdo rectificar el testamento haciendo la correspondiente subsanación de la institución de herederos y el contador realiza la partición ateniéndose a esa situación rectificada, hay base para entender que en lo que no se haya adaptado a los términos del testamento no es un mandatario del testador, por lo que no tiene facultades para ello. Y si se entiende que la intervención de todos los interesados implica una aprobación de lo realizado por el contador, se llega por este camino a una de las formas de partición conjunta. Ya hemos razonado antes que la aprobación de los herederos cuando el contador se excede de sus facultades implica una ratificación en sentido estricto, un dar por realizado lo que el contador no puede realizar por sí mismo.

b) Pero es que, además, hay que tener en cuenta que se trata de un supuesto excepcional cuya solución ha sido ideada por la jurisprudencia registral para dar salida a una situación irregular sin necesidad de recurrir a la vía judicial o a la declaración de herederos *ab intestato*. En tales condiciones, y dada esa forma excepcional de subsanación que se permite por la Dirección, lo lógico es, a efectos notariales y registrales, no hacer equilibrios y buscar excesivos matices diciendo que la intervención de los herederos es para concretar el llamamiento sucesorio y no para intervenir en la partición. Esto es peligroso, pues la Dirección funda la admisión de esta subsanación en que si consienten la partición todos los interesados (resolución de 20 de mayo de 1950), nadie la impugnará. Por ello, parece que ha de evitarse cualquier tipo de impugnación, y para ello lo más seguro es interpretar que la intervención de los herederos ha de producirse no sólo en la rectificación del testamento, sino en la realiza-

(42) De las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del albaceazgo consideramos la más correcta la del Tribunal Supremo, que entiende que es un mandatario del testador, si bien *sui generis*, pues el mandante ha fallecido. En cambio, no consideramos acertado decir que es un representante de los herederos. En cuanto a la idea de «cargo» nos parece algo insípido que no nos dice nada sobre los problemas prácticos que pueden plantearse.

ción de la partición, junto con el contador, ya que ésta toma como base no el testamento, sino la rectificación del mismo.

En todo caso, si hemos de atender a la jurisprudencia registral, que es la que patrocina esta forma de subsanación de la preterición, ha de advertirse lo siguiente:

— Que la resolución de 30 de junio de 1910 (caso del Registro de Mediodía de Madrid) considera como título de propiedad de los herederos preteridos la propia escritura de adjudicación, de donde se desprende que ellos deben intervenir en esa adjudicación que les sirve de título y que no resulta del testamento.

— Que la resolución de 14 de agosto de 1959 (caso del Registro de Torrente) exige que la partición, en tal supuesto, no la otorgue sólo el contador, sino que la deben consentir de modo expreso todos los interesados. De modo que la resolución piensa sólo en el supuesto de realización conjunta de la partición, por la vía de consentimiento expreso a las operaciones particionales.

En conclusión, nosotros consideramos como fórmula más apropiada y segura la de la partición conjunta de contador y herederos en este excepcional supuesto de subsanación de la preterición, si bien dejamos la puerta abierta para una discusión respecto a la segunda teoría expuesta. Por otro lado, *de iure condendo* no descartamos tampoco la primera teoría de ALBALADEJO, pero sí dentro de la legislación vigente.

Consecuencias de configurar el supuesto como de partición conjunta.
Son las siguientes:

1.^a Con la partición conjunta de contador y herederos nombrados y preteridos se hace innecesario el trámite de la declaración de herederos, pues están conformes todos los interesados. La declaración de herederos se inicia por persona legitimada, y si todos los interesados están conformes en hacer la partición en un determinado sentido sobre la base de la correspondiente rectificación del testamento, y el Registrador de la Propiedad, apoyándose en la Dirección, admite la inscripción sin tal declaración de herederos, nadie tendrá interés en obtener la misma.

2.^a Como contrapartida de la simplificación de trámites que supone la consecuencia anterior, hay que formalizar la partición teniendo en cuenta todos los requisitos que antes hemos apuntado respecto a la partición conjunta. Así, por ejemplo, si existen menores no representados por los padres, será necesaria la aprobación judicial de la partición.

3.^a Con la figura de partición conjunta de contador y todos los interesados se evita la impugnación de la partición por preterición del testamento. En cambio, si la partición la hubiera otorgado exclusivamente el

contador, una de dos: o la habría hecho ateniéndose al testamento, y entonces sería nula por basarse en un testamento viciado por preterición; o la habría hecho ateniéndose a los llamamientos que resultan del Código en caso de existir preterición; pero entonces no sería inscribible si no la ratifican y consienten todos los interesados, convirtiéndola de ese modo en partición conjunta. Y si la hubieran otorgado exclusivamente los herederos nombrados y los preteridos, prescindiendo del comisario, se produce una infracción del artículo 1.058 del Código civil en un supuesto en que con mayor razón hay que contar con el comisario nombrado por el testador, pues se trata de excluir la distribución hecha en el testamento.

**B) PARTICIÓN SIMULTÁNEA DE DOS HERENCIAS POR EL CONTADOR
DE UNA DE ELLAS Y POR LOS HEREDEROS DE AMBAS
CON ADJUDICACIONES «IN TOTUM REVOLUTUM»**

En principio, el mero hecho de partirse dos herencias simultáneamente, es decir, en el mismo documento, no tiene por qué dar lugar a la figura de la partición conjunta de contador y herederos. Así, en el caso de que los herederos sean distintos en una y otra herencia, si intervienen en la escritura los herederos de uno de los causantes y el contador nombrado por el otro testador, se trata de una partición simultánea de dos herencias por los herederos de una y el contador de la otra, pero no es partición conjunta de contador y herederos en el sentido que venimos estudiando, pues respecto a la herencia en que actúa el contador no actúan ni intervienen los herederos de la misma, ya que son completamente distintos de los herederos de la otra herencia.

Claro que lo normal es que si se parten dos herencias simultáneamente los herederos de una y otra herencia sean en todo o en parte comunes. Así, la partición de las herencias de los *padres* habiéndose nombrado contador para una de ellas y no para la otra. Pero aun en este supuesto, la partición de la herencia respecto a la que existe contador no tiene por qué ser conjunta necesariamente, aunque en la misma escritura intervengan los herederos para partir la otra herencia. Si en el documento se separan bien las intervenciones de contador y herederos en cada herencia, queda excluida la realización conjunta de la partición, pues queda claro que el contador actúa por sí solo a efectos de la partición de la herencia para la que fue nombrado, y los herederos sólo actúan a efectos de la partición de la herencia para la que no existe nombramiento de contador. En este sentido, ha de aceptarse la resolución de 26 de marzo de 1952 (caso del Registro de Marchena), que no calificó la partición de herencia respecto a la que nombró contador como conjunta de contador y herederos, porque

«en la comparecencia y estipulaciones de la escritura se trató de determinar, con la posible precisión, la actuación de cada uno de los otorgantes, referida a los actos en que intervinieron».

Sin embargo, no puede ser aceptada la salvedad que hace la resolución a continuación: «aunque la adjudicación de los bienes (de las dos herencias) se hizo conjuntamente». Esto no lo admitimos y es lo que viene a cuento a propósito de esta modalidad de partición conjunta de contador y herederos que nos proponemos estudiar. Y es que, aunque en la partición simultánea de dos herencias se hayan separado de modo formal y expreso las «intervenciones» de contador (para una de las herencias) y de los herederos (para *realizar* la partición de la otra, no de las dos), si luego las adjudicaciones se hacen conjuntamente, mezclando los bienes de las dos herencias en el momento crucial de la partición, esa delimitación formal que consta en el documento queda desvirtuada por la actuación conjunta de contador y herederos que resulta del propio documento. Nos referimos, pues, al caso de adjudicaciones de dos herencias *in totum revolutum*, es decir, adjudicaciones que se hacen sin precisar los títulos hereditarios en relación con los bienes, en el supuesto de que exista contador para una de las herencias e intervención de los herederos respecto a la otra.

Estamos de acuerdo en ese punto con la postura del Registrador en el caso de dicha resolución. Antes expusimos uno de los argumentos del funcionario calificador y lo rechazamos porque vulneraba la norma de interpretación intrínseca del documento; pero también decíamos que señalaba un segundo argumento plenamente convincente, y reservábamos su exposición para este epígrafe. El Registrador alega en el informe, en pro de que la partición fue conjunta de contador y herederos (incluso en relación con la partición que se decía efectuada exclusivamente por el contador) que, a pesar del afán formalista de querer contradecir la realidad de lo otorgado, «en la formación de haberes y adjudicación se confunden y unifican ambas herencias, siendo, por tanto, una partición de tipo contractual». Ya hemos visto que la resolución no da importancia a esa adjudicación *in totum revolutum* de bienes de ambas herencias, añadiendo que «no importa, a estos efectos, que las adjudicaciones de bienes se hicieran conjuntamente» y centrándose exclusivamente en la separación de actuaciones que se precisaba en la escritura.

Antes de entrar en nuestros argumentos, conviene señalar que estamos partiendo de que, por las especiales circunstancias del caso, sea admisible ese tipo de adjudicaciones *in totum revolutum*. Es sabido que hay que procurar huir de la indeterminación de títulos hereditarios o de

«amasijos», pues, como entiende acertadamente MARTÍNEZ SANTONJA (42 bis), puede producirse en el futuro una regulación diferente de los bienes adquiridos por uno u otro título hereditario, a propósito de reservas, reversiones, sustituciones, etc., y si no se han especificado los bienes o cuotas indivisas de los mismos que se adquirieron por uno u otro título se producirán problemas a la hora de aplicar aquella regulación específica. Sin embargo, también es verdad que hay casos en que la adjudicación *in totum revolutum* es inofensiva, debido a que no hay posibilidad de aplicar normativa diferente para una y otra adquisición hereditaria. Nos referimos precisamente a los casos de partición de herencia paterna y materna en que no se vislumbren reservas, reversiones o sustituciones, ni otro tipo de instituciones específicas. Pues bien, estos casos de adjudicaciones *in totum revolutum* inofensivas son los que nos planteamos en relación con nuestro estudio de la partición conjunta, pues los demás casos darán lugar a una calificación registral negativa por defecto en la forma de las adjudicaciones. Claro que aun así podría interesar la relación de ese problema con la figura de la partición conjunta, si se piensa que la «adjudicación *in totum revolutum*» puede aclararse o subsanarse precisando en documento complementario las cuotas indivisas que corresponden a uno y otro título hereditario.

Nosotros creemos que los amasijos en las adjudicaciones, en el supuesto que estudiamos, determinan la existencia de partición conjunta de contador y herederos (a pesar de la separación formal de las intervenciones) si con motivo de ellas se ha producido, en alguna medida, trasvase de bienes de una a otra herencia.

Por un lado, no olvidemos que hay que estar a la interpretación sistemática del documento, que impide conceder valor a las declaraciones formales si en el mismo documento quedan claramente desvirtuadas.

Por otro lado, no comprendemos esa despreocupación de la resolución por esa actuación conjunta de contador y herederos en el momento decisivo y final de las adjudicaciones, sobre todo teniendo en cuenta lo que antes hemos dicho, apoyándonos en otras resoluciones de la Dirección, que basta la realización conjunta de algunas operaciones particionales por el contador y los herederos para que la partición deba ser calificada, en bloque, como conjunta. Y la operación de adjudicación es tan importante o más que las anteriores. Y si la adjudicación se basa en la mezcla de bienes y de títulos de las dos herencias, no cabe pensar que es

(42 bis) En su conferencia «Algunas consideraciones sobre lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer en la redacción de documentos públicos sujetos a inscripción». Publicaciones del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, «Curso de Conferencias 1950», págs. 117 y ss.

el contador el único que realiza la operación de adjudicación de la herencia para la que fue nombrado, sino que intervienen también los herederos que lo son de ambas herencias, pues si se entendiera que el contador actúa solo se habría excedido de sus facultades, ya que realiza un trasvase, cambio, permuta o mezcla de los bienes de la otra herencia. Precisamente, este exceso de actuación en la operación final de adjudicación debe considerarse subsanado por la intervención de los herederos comunes a ambas herencias. Pero esa subsanación está indicando que el contador no ha actuado solo. Téngase en cuenta lo que hemos dicho al estudiar el criterio de caracterización de la partición como conjunta: que basta la realización conjunta de contador y herederos en alguna de las operaciones y que la realización conjunta puede producirse cuando los herederos aprueban o asumen lo que realizó el contador excediéndose de sus atribuciones.

Consecuencia de calificar este supuesto especial de partición simultánea de dos herencias como partición conjunta es que hay que aplicar los preceptos de la partición exclusiva de herederos (a la que se aproxima la partición conjunta, según dijimos al tratar de la naturaleza jurídica) no sólo a la partición de la herencia que, según la escritura, consta expresamente que han realizado los herederos, sino también a la partición de la herencia respecto a la que se dice actúa por sí solo el contador. Por ejemplo, si los herederos no coinciden totalmente, sino que en parte son comunes y en parte no (concurrency de llamamientos de hijos de anterior matrimonio y del último matrimonio), será necesaria la intervención de todos los interesados para ratificar la partición realizada por el contador y algunos de los herederos. También pueden comprobarse consecuencias a propósito del requisito de la aprobación judicial y de otros aspectos que antes apuntamos.

C) PARTICIÓN DE HERENCIA POR EL CONTADOR FORMALIZADA
SIMULTÁNEAMENTE CON DONACIÓN DEL VIUDO A HIJOS
COMUNES, PRODUCIÉNDOSE ADJUDICACIONES «IN TOTUM
REVOLUTUM» POR LOS TÍTULOS DE DONACIÓN Y HERENCIA

A diferencia del supuesto anterior, en que hemos visto que los amasijos en las adjudicaciones pueden ser, en ciertos supuestos, inofensivos, en este otro caso que ahora planteamos la adjudicación *in totum revolutum* es siempre denunciabile y el Registrador debe controlar su acceso al Registro, impidiéndolo. Citamos otra vez a MARTÍNEZ SANTONJA, que ad-

vierte la distinta regulación ulterior de los bienes donados respecto a los heredados, en materia de revocación, colación, reversión del artículo 812, y aquí sí que no caben distingos, pues siempre es previsible esa distinta regulación. Además, la resolución de 6 de febrero de 1958 (caso del Registro de Daimiel) señala que no es inscribible la escritura de partición de bienes en la que, por donar la viuda a sus hijos la parte que por liquidación de la sociedad conyugal pudiera corresponderle, se distribuyeron los bienes formando un solo cuerpo con los de ambos padres, involucrando los de una y otra procedencia. La resolución denuncia esta mezcla de títulos, aun siendo los dos gratuitos, porque «es indudable que ello puede dar lugar a confusiones cuando se hagan constar en los asientos registrales las circunstancias exigidas por los artículo 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento».

Pero aunque esta confusión de títulos no tenga acceso al Registro, conviene plantear, además, la relación de esta formalización simultánea de donación y herencia con adjudicaciones *in totum revolutum* con la partición conjunta de contador y herederos, porque podría suceder que se subsanara o aclarara la confusión padecida otorgando un documento posterior que precisara las cuotas indivisas de cada bien, que habrían de entenderse adquiridas por donación y herencia, y a pesar de ello podrían aparecer otros problemas relacionados con la configuración de esa partición como conjunta.

Ante esta posibilidad, apuntamos lo siguiente: si hubo trasvase o cambio de bienes entre el caudal de la herencia y la donación, aunque luego se precise la participación indivisa adquirida en cada bien por uno y otro título, siempre resultará que ha habido permutas en el inventario de los bienes de la herencia en relación con la donación, en mayor o menor medida, y ello implica una intervención de los hijos donatarios en la operación de adjudicación hereditaria respecto al caudal del que también son herederos, ya que, siguiendo el mismo razonamiento que en el caso anterior, ese trasvase no cabe pensar que lo haya realizado por sí solo el comisario, pues jurídicamente no tiene facultades para otorgarlo sin intervención de los herederos. Esto dará lugar a las consabidas consecuencias prácticas si existen menores o si no intervinieron en la escritura todos los herederos (supuesto de donación por el padre a algunos de los hijos comunes, no compareciendo los demás, que también son herederos).

IX. ESTUDIO DE LA PARTICION DE CONTADOR CON APROBACION DE LOS HEREDEROS Y DE LOS DISTINTOS SIGNIFICADOS DE ESTA APROBACION EN RELACION CON LA PARTICION CONJUNTA

En los epígrafes anteriores hemos estudiado los distintos aspectos de la «partición conjunta». Ahora pasamos a examinar la segunda de las figuras que nos proponíamos estudiar, según dijimos al principio de este trabajo al exponer el planteamiento de los temas.

En realidad no se trata de una sola figura jurídica, sino de una pluralidad de figuras jurídicas dentro de la fórmula documental «*partición de contador con aprobación de los herederos*», según el significado en cada caso de esa aprobación en relación con la partición realizada por el contador.

Por tanto, hay que estudiar con separación las distintas figuras posibles dentro de esta expresión documental, a saber:

a) Partición exclusiva de contador con aprobación de los herederos. Es la partición de contador con aprobación de los herederos propiamente dicha como figura distinta de la partición conjunta.

b) Partición conjunta encubierta bajo la declaración formal de ser partición de contador con aprobación de los herederos.

c) Partición de contador excediéndose de sus facultades, con aprobación de los herederos. Es otra forma de partición conjunta.

d) Partición de contador incapaz o inhábil con aprobación de los herederos. En realidad es una partición exclusiva de herederos.

e) Partición de contador fuera del plazo de su actuación con aprobación de los herederos. Puede interpretarse como una partición de contador con prórroga tácita de los herederos.

X. PARTICION EXCLUSIVA DE CONTADOR CON APROBACION DE LOS HEREDEROS

En este primer supuesto, el contador realiza por sí solo y dentro de sus facultades las operaciones particionales, limitándose los herederos a aprobar la partición, sin intervenir en ella.

La aprobación en este caso es el acto jurídico realizado por todos o algunos de los herederos por el que prestan su conformidad a la partición realizada de modo exclusivo y con plena validez por el contador.

La aprobación aparece como un acto posterior, sucesivo en el tiem-

po, respecto a la partición del contador. Sin embargo, no importa que se refleje en el mismo documento de partición, pues la unidad documental no implica unidad en el tiempo, siempre que consten los dos actos, el de partición y el de aprobación, debidamente deslindados. Por ello nos parece exagerada la postura del Juez delegado en el caso de la resolución de 25 de mayo de 1906 (Registro de Villacarrillo) cuando dice que para que pudiera hablarse de partición exclusiva de comisario sería necesario que «estuviera hecha no en el fondo de la escritura sino en cuaderno independiente autorizado por el comisario». Esto supone desconocer que puede seguir siendo partición exclusiva de comisario la que conste en escritura en la que también intervengan los herederos para aprobarla. Y en relación con esto ya hemos dicho que si éstos se limitan a aprobar la partición realizada por el contador por sí solo, ésta no deja de ser exclusiva, a pesar de que la partición y la aprobación se contienen en el mismo documento. Pero también hemos dicho que la aprobación se emite en un momento posterior al de la partición, y ello debe resultar del documento, bien por el orden en que se reflejan dichos actos o bien de modo expreso. La resolución de 15 de julio de 1943 (Registro de Santa Fe) advierte que el beneplácito de los herederos a la partición del comisario «no desvirtúa la naturaleza unilateral y privilegiada del acto *cuando los momentos jurídicos aparezcan bien diferenciados*».

1. SIGNIFICADO DE LA APROBACIÓN DE LOS HEREDEROS EN ESTE SUPUESTO

Cuando consta en el documento, sin nada que lo desvirtúe, que el contador ha realizado por sí solo la partición y ha actuado dentro de sus facultades, la aprobación que prestan los herederos debe diferenciarse netamente de la realización de la partición. Es decir, una cosa es el acto jurídico de partición, que se concreta en la realización por el contador de todas las operaciones particionales, y otra distinta el acto jurídico de aprobación de la partición que se concreta en el beneplácito que dan todos o algunos de los herederos al acto realizado por el comisario. La aprobación de los herederos no significa «realización» de las operaciones, pues éstas las ha realizado ya el comisario íntegramente y con plena validez.

Por otro lado, la aprobación de los herederos debe diferenciarse también de la «ratificación» en sentido estricto. En sentido técnico, la ratificación se produce cuando una persona aprueba o confirma el acto jurídico que otra realizó en su nombre (art. 1.259 del Código civil) o como gestor de sus negocios sin mandato (art. 1.892 del Código civil). La «ra-

tificación» supone una aceptación de los actos del mandatario o gestor con efecto retroactivo, con el mismo efecto que si hubiesen sido «realizados» por el interesado. Por tanto, la «ratificación» del acto ajeno supone, en definitiva, una especie de «realización» del acto, de similar efecto a la actuación del que aparece como «representado» en un acto jurídico. Pero la aprobación de los herederos en el caso que estudiamos no es una «ratificación» de la partición del comisario, porque estamos suponiendo que éste actúa dentro de sus facultades, y éstas son las que le confirió el testador, del que, por ello, es una especie de mandatario, aunque *sui generis*, pero nunca un mandatario de los herederos. Por lo mismo, no cabe aplicar los efectos de los artículos 1.259 y 1.892 del Código civil a este supuesto de aprobación de los herederos, y, en consecuencia, hay que estimar que el único que «ha realizado» (desde el principio hasta el fin) operaciones particionales ha sido el contador, aunque los herederos aprueben su actuación. Confirma este criterio de que la aprobación de la partición no supone ratificación en sentido técnico la resolución de 26 de marzo de 1952 (Registro de Marchena), según la cual, aunque se prestó el más cumplido beneplácito a la partición del contador, «tal ratificación general puede estimarse hecha con el carácter de una *cláusula de estilo* y no modifica la naturaleza del acto particional».

Tampoco hay base para pensar que la aprobación de los herederos fomenta la presunción de que la partición ha sido realizada conjuntamente por el contador y los herederos, a pesar de los términos empleados, pues aunque en la práctica son muchos los casos en que el contador tiene en cuenta el criterio de los herederos y les pregunta, no puede presumirse algo que no resulta del documento, sobre todo a efectos hipotecarios, máxime teniendo en cuenta que una cosa es el acto preparatorio de la partición (en que se pueden aceptar opiniones con fines informativos) y otra el acto final, en que el contador decide por sí mismo y de modo definitivo la cuestión de la partición, y nada mejor para saber si el contador actuó por sí solo que atender al documento en que constan las operaciones realizadas y debidamente separadas las intervenciones de contador (que realizó la partición por sí solo) y de los herederos (que se limitaron a aprobarla).

Pero hasta ahora hemos dicho *lo que no significa* la «aprobación», pues hemos hablado de que no equivale a una «realización» de la partición, ni a una «ratificación» en sentido técnico, ni puede dar lugar a una presunción de realización e intervención en la partición.

Ahora hay que plantearse qué es *lo que significa* la «aprobación» (significado positivo).

Por de pronto, la aprobación de los herederos puede llevar consigo, de

modo implícito, la aceptación de la herencia, pues la aprobación de las operaciones es algo que «no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero» (art. 999). Además, la aprobación de la partición implica tácitamente darse por enterado el heredero del trámite de la citación del inventario, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.057 del Código civil.

Pero estos actos que puede llevar consigo la «aprobación de la partición» no nos dan el significado *específico* de la misma, sino el significado complementario, o sea, los actos derivados de ella.

En nuestra opinión, la aprobación significa la renuncia de los herederos a impugnar la partición *solamente por causas conocidas en el momento de la aprobación*. Por tanto, si se conocen los valores de las fincas adjudicadas a cada heredero y se aprueba la partición, a pesar de las diferencias existentes, no cabe la rescisión por lesión. Pero adviértase que no se trata de una renuncia a todo evento, pues sería suponer demasiado respecto al significado de la aprobación. Sin embargo, ya hemos visto que LACRUZ interpreta la concurrencia de los herederos en la partición del comisario como «renuncia a impugnarla». Nosotros creemos que hay que matizar: la mera aprobación de la partición no puede significar renuncia en todo caso a la rescisión por lesión, ni a las acciones de nulidad absoluta, ni de anulabilidad por vicios desconocidos en el momento en que se hace la aprobación. Y llegamos a este resultado partiendo de que no cabe una renuncia a la impugnación de la partición por causas desconocidas en el momento de hacer la renuncia. Por ello, al equiparar «aprobación de la partición» a «renuncia de su impugnación», delimitamos el sentido de la «aprobación» en ese mismo aspecto referido a causas conocidas. Como dice PUIG BRUTAU, acertadamente, «lo decisivo es que se haya renunciado a algo verdaderamente conocido y no a una acción cuyo fundamento se ignore». Y cita en su apoyo la sentencia de 11 de junio de 1957 (43).

2. NATURALEZA DE LA PARTICIÓN CON APROBACIÓN DE LOS HEREDEROS

Si, como acabamos de ver, la «aprobación» no implica «realización» ni «ratificación» de la partición hecha por el comisario, sino que es algo posterior y añadido a la misma, la conclusión ha de ser que la naturaleza jurídica de la partición no se desvirtúa por el hecho de la aprobación, sino que sigue siendo partición de contador.

La Dirección General confirma esta interpretación en algunas resoluciones que contemplan supuestos de partición exclusiva de contador con aprobación de herederos, de las que ya hemos hablado a otros efectos.

(43) PUIG BRUTAU, *ob. cit.* en la nota 14, tomo V, vol. III, pág. 633.

La resolución de 7 de marzo de 1914 (caso del Registro de Rute) contempla el siguiente supuesto: se otorgó escritura de liquidación de sociedad conyugal y de partición de herencia con intervención del contador y la viuda, esta última no sólo en su propio nombre sino, además, en representación de sus hijos menores. Al parecer, en la escritura quedaron precisadas las intervenciones de cada interesado, pues el Registrador partió de que se trataba de partición de comisario y sólo señaló el defecto de existir intereses contrapuestos entre la madre y los hijos respecto a la «presencia en el inventario». Se otorgó escritura de subsanación en la que intervino también el defensor judicial, ratificando la viuda la partición realizada por el contador y aceptándola también el citado defensor judicial.

El Registrador tampoco admitió la inscripción, entendiendo que era necesaria la aprobación judicial de la partición, aparte de otro defecto sobre la forma de citación al inventario que aquí no nos interesa. En esta nueva nota parece como si el Registrador entendiese que se trataba de partición conjunta o contractual de contador y herederos, pues sólo en ésta, como asimilable a la partición de herederos, cabe exigir el requisito de la aprobación judicial, pero no si la partición fue exclusiva de contador.

La Dirección, siendo Director general don JOSÉ JORRO MIRANDA, considera inscribible la escritura, por la razón que se expone en el «Considerando» cuarto, único que ahora interesa, que dice así:

«Considerando en lo referente a la última cuestión, que la partición *efectuada* por Comisario nombrado con las facultades del artículo 1.057 del Código civil, es desde luego un acto válido y que debe producir sus consecuencias en el Registro, sin necesidad del consentimiento de los herederos ni de la aprobación judicial, en el caso de que haya interesados menores de edad o sujetos a tutela, sin que en el caso del recurso se altere esta doctrina por la circunstancia de haber intervenido en la escritura el defensor judicial de los herederos menores de edad, *pues en ella consta que la partición está hecha por el Comisario nombrado por el testador, y que dicho defensor concurre solamente para el efecto de aceptarla y declarar haber sido citado para la formación del inventario*».

Los términos de este Considerando bien claramente indican que el supuesto de hecho no fue de partición conjunta, sino de partición de contador con aceptación del defensor de los menores, a la que es aplicable el artículo 1.057 del Código civil como partición exclusiva de contador.

La resolución de 6 de marzo de 1930 (Registro de Valmaseda) es decisiva para la configuración de la partición de contador con aprobación

de los herederos. El Registrador había puesto la siguiente nota en el documento: «No admitida la inscripción... por observarse el defecto de que, existiendo herederos menores de edad, representados por su tutor, no han sido aquellas particiones aprobadas posteriormente por el Consejo de Familia...». El Presidente de la Audiencia Territorial de Burgos revocó la nota entendiendo que se trataba de partición unilateral del comisario, que no precisaba de la aprobación del Consejo de Familia, señalando que el contador «la hizo por sí, como se desprendía de la escritura», sin que la conformidad que prestaron los interesados pueda cambiar la naturaleza jurídica del acto ni atribuirle carácter contractual. Y termina diciendo que la afirmación de los interesados de que «aprobaban las operaciones» no supone que se celebre un contrato con el contador, que exige una prestación de consentimiento que no hubo.

El auto presidencial influye en la Dirección, que, ante la alzada del Registrador y siendo Director general don PEDRO SABAU, confirma dicho auto, siendo de destacar los «Considerandos» tercero y cuarto:

«Considerando que en la escritura origen de este recurso, el testamento, “en su carácter de contador partidor, ha practicado *todas* las operaciones divisorias del caudal relicto y formado el inventario con intervención de la viuda, los herederos del finado y la tutora de los menores”, consignando, al final del cuaderno particional, “doy por terminadas estas operaciones divisorias, las cuales he *procurado* practicar bien y fielmente”, con todo lo cual se ha puesto de relieve que realizaba el acto, no como un perito que propone a los interesados el resultado de una serie de operaciones técnicas, sino como una persona que, en cumplimiento de la voluntad del testador, otorga un acto jurídico definitivo y firme.»

«Considerando que el hecho de que el comisario haya entregado el cuaderno particional a los interesados para obtener su conformidad, sobre el que funda su apelación el Registrador, no ha desvirtuado la naturaleza unilateral y privilegiada del acto jurídico, para colocarlo en el grupo de los contractuales; porque los comisarios, sin necesidad de resignar sus poderes distributivos, pueden inquirir la opinión de los herederos, suavizar los criterios contradictorios y armonizar las diversas pretensiones para el mejor cumplimiento de la voluntad en ellos delegada, y si bien las manifestaciones hechas por los comparecientes para elevar a escritura pública las citadas operaciones y prestarles su aprobación, pudieran haber sido redactadas en forma más correcta y precisa, que desvaneciera toda ambigüedad y pusiera de relieve la distinta actuación del comisario, cónyuge viudo y herederos, ha de resolverse, de conformidad con el auto apelado, que la partición es de las sujetas al artículo 1.057 del Código civil...»

La resolución de 26 de marzo de 1952 (Registro de Marchena) ya hemos indicado antes que se refiere, según interpretación de la propia Dirección, a un supuesto de partición de contador con aprobación o beneplácito de los herederos. Nosotros ya hemos dicho que, al producirse adjudicaciones *in totum revolutum*, la partición debió ser calificada como partición conjunta, por la razón de haberse realizado de modo conjunto por contador y herederos la operación fundamental de adjudicación. Pero lo que queremos destacar ahora no es esta crítica, sino que la resolución contempla y admite la figura de la partición exclusiva de contador con aprobación de los herederos como figura distinta de la partición conjunta, sin entrar otra vez a discutir si la interpretación del supuesto de hecho fue o no adecuada, pues en todo caso la resolución sirve para defender que la partición con aprobación de los herederos no deja de ser partición exclusiva de contador.

El caso de esta resolución es el siguiente: se trata de una escritura de liquidación de sociedad conyugal y partición de herencias de los padres, interviniendo en relación con la herencia del padre sus dos hijas y herederas, debidamente representadas, y respecto a la herencia de la madre, el contador-partidor nombrado por la misma, el cual interpretó el testamento de ésta en el sentido de que el legado que se hacía a un nieto (menor de edad) era con la condición suspensiva de sobrevivencia a las herederas (madre y tía del mismo), por lo que el contador aplazó la adjudicación de la nuda propiedad de esas fincas hasta que se cumpliera la condición, no citando ni haciendo intervenir para nada al nieto ni a sus posibles representantes.

El Registrador no admitió la inscripción, entre otras razones, porque no había intervenido la representación legal del nieto de la testadora, a quien le había legado desde luego la nuda propiedad de ciertos bienes con condición resolutoria, no suspensiva; y esta intervención la consideraba necesaria, puesto que la partición de bienes de la testadora no era un acto exclusivo del contador-partidor, sino conjunto de éste y de las demás interesadas debidamente representadas. Además, aunque se estimara que esa partición había sido acto exclusivo del contador, en todo caso debería haberse citado para el inventario a la repetida representación legal del menor, conforme al artículo 1.057 del Código.

En el informe en defensa de la nota, el Registrador entiende que la partición fue conjunta de contador y herederos, no obstante el afán formalista de las estipulaciones de la escritura al querer contradecir con frases ambiguas y equívocas la realidad de lo otorgado.

El Notario entendió que la interpretación de la cláusula sobre el legado correspondía al contador, que es quien había practicado exclusiva-

mente la partición de la testadora, pues en la escritura se separaban las «intervenciones» respecto a cada herencia, advirtiéndose que las hijas representadas intervenían sólo en la liquidación de la sociedad conyugal y herencia del padre, y en relación con la herencia de la madre, las había practicado por sí solo el contador, prestando el representante nombrado por aquéllas sólo su beneplácito, lo que no significaba intervención ni colaboración en la partición.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla confirmó la nota calificadora por la necesidad, de carácter general, de dar mayor intervención en la partición a quienes sean interesados.

La Dirección, siendo Director general don MAXIMINO DE LA MIYAR Y DE LA MIYAR, revocó el auto apelado y, en consecuencia la nota, por lo siguiente:

«Considerando (2.º) que este defecto (el primero) se basa en que la partición de herencia de la causante fue llevada a cabo no unilateralmente por el albacea contador-partidor, sino por éste y los mandatarios de las herederas, por lo cual debe entenderse sometida a las normas que regulan la partición contractual de bienes y requiere la intervención del representante del interesado menor de edad; y en que, si se estimara practicada sólo por el contador, debió cumplirse lo ordenado en el párrafo segundo del artículo 1.057 del Código civil en cuanto a la citación para el inventario;

»Considerando que la escritura calificada comprende: la liquidación de la sociedad conyugal de los causantes y la partición de herencia del marido, efectuadas ambas por la representación de las herederas de éste y el contador-partidor nombrado por la esposa—problema que no ha sido planteado en el recurso—; y, además, la partición de herencia de la mujer realizada sólo por su albacea contador, con lo que el documento contiene un complejo de operaciones sucesorias redactadas en forma que, aun con mayor amplitud, aparece expresamente reconocida en el artículo 1.431 del Código civil, para el supuesto de liquidación de sociedad legal de gananciales de dos o más matrimonios, y reiteradamente aceptada por la jurisprudencia de este Centro;

»Considerando que en la comparecencia y estipulaciones de la escritura se trató de determinar, con la posible precisión, la actuación de cada uno de los otorgantes, referida a los actos en que intervinieron, aunque la adjudicación de los bienes se hizo conjuntamente; y que si bien es cierto que los representantes de las herederas prestaron “su más cumplido beneplácito” a la partición y aceptaron la herencia de la madre en nombre de aquéllas, tal ratificación general puede estimarse hecha con el carácter de una cláusula de estilo y no modifica la naturaleza del acto particional,

porque del documento resulta clara e indubitada la actuación unilateral del contador;

»Considerando que la persona designada por la testadora para hacer por sí sola la partición, al utilizar sus facultades legales interpretó el testamento en la forma que estimaba más ajustada a derecho y declaró, con más o menos acierto, que el nieto fue designado legatario bajo condición suspensiva por las cláusulas sexta y séptima del testamento de su abuela, y esta actuación del contador-partidor, según la jurisprudencia, causó estado, y debe prevalecer mientras no sea planteada su impugnación directamente y debida forma ante los Tribunales de Justicia, que son los únicos competentes para declarar si se incurrió en error;

»Considerando que de lo expuesto se infiere que el menor, nieto de la causante, es legatario de cosas específicas y determinadas, que aunque no cupieren dentro del tercio de libre disposición y debieran computarse en parte en el de mejora no le atribuirían carácter de legitimario, puesto que, en este caso, no es heredero forzoso; y, en consecuencia, no resulta necesaria su citación para el inventario, ordenada en el párrafo segundo del artículo 1.057 del Código civil, cuando entre los coherederos, a los que se asimilan también, según la jurisprudencia, los legatarios de parte alícuota, haya menores de edad o sujetos a tutela.»

Observamos que esta resolución, ante la alternativa de partición conjunta de contador y herederos o partición exclusiva de contador con simple beneplácito o aprobación de los herederos, se inclina en el caso concreto por esta última, entendiendo que en la escritura se separaron con la posible precisión la intervención de cada uno de los otorgantes, y que los herederos sólo dieron su «beneplácito», lo cual supone una mera cláusula de estilo y no modificación de la actuación unilateral del contador, que resulta clara e indubitada. Por tanto, no es admisible aplicar esta doctrina cuando no haya tal claridad en el documento particional ni esa separación de actuaciones, pues entonces, más bien podría aplicarse la doctrina de las resoluciones examinadas en epígrafes anteriores acerca de la partición conjunta. En cualquier caso, no hay contradicción entre las tres resoluciones que acabamos de estudiar (que contemplan supuestos de partición de contador con aprobación de los herederos) y las anteriores (que contemplan supuestos de partición conjunta). Lo que es diferente en ellas es el supuesto de hecho, no la doctrina de la Dirección. Por eso, quizá, la resolución de 6 de abril de 1962, ante la posible dualidad de supuestos de hecho, sólo llega a dar una regla general (pero no única) diciendo que la intervención de contador y herederos en la escritura «*si en algunos casos* no puede desvirtuar la naturaleza privilegiada y unilateral del acto,

en la mayoría opera una auténtica transformación, convirtiéndolo en un verdadero contrato particional».

En resumen, la Dirección admite que la partición de contador con aprobación de herederos es también partición de contador del artículo 1.057, y las resoluciones que la admiten no son incompatibles con otras en que la partición contemplada fue en realidad partición conjunta, no partición de contador con *simple* aprobación de los herederos.

3. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

La configuración de esta clase de partición como exclusiva de contador y no como conjunta da lugar a las consecuencias contrarias a las que señalamos al estudiar ese otro tipo de partición. Así, las siguientes:

1.ª *En la partición de contador no es necesaria la aprobación de los herederos.*—Por tanto, no se aplica aquí el requisito de la unanimidad de los herederos. Si *algunos* herederos han aprobado la partición del contador, no hay base para *exigir* la aprobación de los restantes. Esto tiene su fundamento en la separación entre los actos de partición propiamente dicha y aprobación de la partición. La partición no requiere la aprobación de los herederos; luego, puede inscribirse la partición aunque no haya sido aprobada y aunque haya sido aprobada solamente por algunos herederos. Naturalmente, en la inscripción ha de expresarse la aprobación de sólo algunos herederos, pues es la forma de que quede constancia en el asiento de que el acto particional sigue sometido a la condición suspensiva de la aceptación (no de la aprobación) de todos los herederos.

La jurisprudencia confirma esta nota. Entre otras muchas, la sentencia de 17 de abril de 1943 (44) destaca que no es necesario el consentimiento de los herederos «por ser muy reiterada la jurisprudencia interpretando y aplicando el artículo 1.057 del Código civil, en el sentido de que la partición por comisario recibe de la Ley que la autoriza su fuerza de obligar, cual si fuera hecha por el propio testador, sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, los cuales forzosamente habrán de pasar por ella, mientras no sea anulada o rescindida por otra causa apropiada, sin más salvedad que la prevista en el párrafo final del artículo 1.057», aparte de la intervención del cónyuge viudo para la liquidación de la sociedad conyugal. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de 17 de mayo de 1910, 23 de enero de 1913, 2 de noviembre y 28 de noviembre de 1959, 25 de abril de 1958, entre otras.

(44) Véase esta sentencia en *Aranzadi*, año 1943, núm. 418, pág. 244.

2.^a *En la partición de contador no interesa la capacidad de los herederos.*—Como no es necesaria la aprobación de los herederos, los vicios de capacidad en este acto de aprobación no deben repercutir en la validez e inscripción de la partición de contador. Dada la separación de esos dos actos jurídicos, cabe la inscripción de la partición aunque se suspenda la inscripción de la aprobación.

La sentencia de 28 de noviembre de 1959 confirma esta idea de que los vicios de capacidad en el acto de aprobación no repercuten en la validez de la partición del contador. Se trataba de un caso en que el marido demandó la nulidad de la partición porque la mujer la había aprobado sin contar con su licencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación del marido, partiendo de que el acto del comisario no requiere la aprobación de los herederos, pues, «dada su intrascendencia a los efectos de la validez de la partición», sería totalmente indiferente la licencia marital. Aunque esta figura ha desaparecido hoy día después de la ley de 2 de mayo de 1975 (44 bis), no obstante, el caso de esta sentencia es exponente de que los vicios en el acto de aprobación no deben repercutir en el acto de partición del comisario.

Sin embargo, la resolución de 1 de julio de 1920 (caso del Registro de Guernica) no parece favorecer la opinión que exponemos. Se trataba de escritura otorgada al fallecimiento del padre, por la que la viuda, en uso del poder testatorio conferido conforme al Derecho foral vizcaíno, donó un bien a su hijo de diez años de edad, el cual también compareció en la escritura para aceptar la donación. El Registrador denegó la inscripción porque «desde el momento que en la donación interviene el donatario aceptándola, es preciso que tenga plena capacidad jurídica para contratar». El Notario recurre sobre la base de que el menor tiene capacidad para aceptar donaciones por no tratarse de contratos. El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador. La Dirección, siendo Director general don JULIO FOURNIER, confirma la decisión apelada, por lo que se establece en los tres últimos «Considerandos»:

«Considerando que en el especificado acto doña... como un verdadero Comisario, dispone de cosa ajena; es decir, del caudal relicto por su marido, haciendo declaraciones *mortis causa*, cual representante del difunto titular; pero de ningún modo reviste el carácter de donante, ya que los bienes no han entrado, por lo que se refiere a la parte adjudicada, en su patrimonio peculiar, ni está autorizada para gozarlos en propio provecho, ni la transferencia en nombre ajeno implica merma de los bienes o facultades del llamado donante;

(44 bis) Salvo en Navarra, donde subsiste todavía la licencia marital, según su vigente Compilación.

»Considerando que por ser de naturaleza unilateral el acto en cuya virtud el Comisario manifiesta la voluntad delegada del causante no se rige por las reglas particulares de los contratos ni requiere la conformidad de otra parte concurrente, bastándole el natural complemento de la aceptación general de la herencia que puede ser anterior, simultánea o posterior al acto o a la inscripción particional, y siempre independiente de ambos, en cuanto a la forma jurídica;

»Considerando que, por las razones expuestas, la concurrencia del indicado menor, si tiene por objeto aceptar una donación, es improcedente, y si en el fondo el consentimiento que ha otorgado implica la aceptación de la herencia o la renuncia a las acciones que pudieran corresponderle para impugnar la distribución hecha por Comisario, pone en evidencia la incapacidad de un niño de diez años para realizar declaraciones de tal trascendencia y de tanta responsabilidad.»

Pero en realidad esta resolución no es obstáculo a nuestra tesis consistente en que es posible inscribir la partición aunque se suspenda la inscripción del acto jurídico en bloque, por lo que la resolución no podía resolver la cuestión en forma distinta de como se planteó el asunto. En segundo lugar, puestos a sacar alguna consecuencia de los términos de la resolución, también hay base para reducir la distinción y separación entre los actos jurídicos de partición y de aprobación de la partición, pues en el penúltimo «Considerando» dice que el acto del comisario es de naturaleza unilateral y no requiere la conformidad de la otra parte. Luego, si no requiere tal conformidad—añadimos nosotros—los vicios existentes en la prestación de la misma no repercuten en el acto unilateral. Por eso, cuando la resolución dice que se «pone en evidencia la incapacidad de un niño de diez años para realizar declaraciones de tal trascendencia y de tanta responsabilidad», nosotros creemos que ello sólo debe significar la imposibilidad de inscribir tales declaraciones, no la actuación unilateral del comisario, aunque quedara pendiente de la subsanación de ese otro acto jurídico posterior. En cualquier caso, el supuesto planteado tampoco era exactamente el de partición de contador, pues en la escritura se configuró como *donación* del comisario vizcaíno a favor del hijo, que da lugar a distintas perspectivas que las de la partición del artículo 1.057 del Código civil, por lo que queda atenuado el valor de las declaraciones de la resolución fuera del supuesto planteado.

3.^a *En la partición de contador con aprobación de los herederos no hay problema de incompatibilidad de intereses entre padre e hijo respecto al acto de partición.*—Si entre los herederos existe algún menor que actúa representado por el padre en el acto de aprobación de la partición del comisario, no hay interés contrapuesto en relación con el acto de parti-

ción, pues ésta ha sido realizada exclusivamente por el contador. A lo sumo, podría verse incompatibilidad de intereses en relación con el acto de aprobación de la partición, pero ya hemos dicho que ello no impediría la inscripción de la partición, pues sólo debería suspenderse la aprobación. Además, aunque en el acto de aprobación se viera incompatibilidad de intereses, sólo sería necesario el nombramiento de defensor judicial para ese acto jurídico, no para la realización de la partición, que está ya hecha por el contador, con la consecuencia de que no sería necesaria la aprobación judicial de la partición, ni tampoco del acto de aprobación, pues no está prevista la necesidad de una aprobación judicial del acto de aprobación de la partición.

4.ª *La autorización del Consejo de Familia en relación con el acto del tutor aprobando la partición del contador.*—Acabamos de ver que no es necesaria la aprobación judicial del acto de aprobación otorgado por el defensor judicial, pues no otorga el acto particional, sino que se limita a aprobar el acto realizado por el contador. ¿Y en relación con el acto de aprobación otorgado por el tutor en relación con la partición realizada por el contador? ¿Es necesaria la autorización del Consejo de Familia para esa aprobación?

En primer lugar hay que insistir en que la partición de contador no necesita de la autorización ni aprobación del Consejo de Familia, pues el artículo 1.057 no la exige, ni tampoco es aplicable el artículo 269 en relación con el acto de partición, ya que el tutor no la ha realizado. Por tanto, cabe perfectamente la inscripción de la partición aunque no conste la autorización del Consejo de Familia para el acto de aprobación de la partición, pues venimos diciendo que debe diferenciarse entre «partición» y «aprobación de la partición».

En segundo lugar, hay que plantearse si para el acto de aprobación es o no necesaria la autorización del Consejo de Familia, una vez que hemos resuelto que cualquiera que sea la contestación que se dé, ello no va a repercutir, de momento, en la inscripción de la partición, sino sólo en el acto ulterior de aprobación.

Nuestra opinión es que, como el acto de aprobación de la partición lleva consigo no sólo la aceptación tácita de la herencia (y, al ser tácita, sin beneficio de inventario), sino, además, una renuncia a impugnar la partición del contador en la forma anteriormente indicada, todo ello exige la autorización del Consejo de Familia respecto a ese acto de aprobación de la partición por las consecuencias que produce para el menor o incapacitado. Por tanto, no cabe inscribir el acto de aprobación de la partición realizado por el tutor, sin que conste la autorización del artículo 269, que

se exige para aceptar la herencia sin beneficio de inventario y para los actos de defensa del menor o incapaz (art. 262).

5.^a *Requisitos en caso de herederos ausentes.*—Como la partición que ahora estudiamos es exclusiva de contador, no hay que plantearse en relación con la misma ningún requisito a propósito de los ausentes. En cuanto al acto de aprobación realizado en representación del ausente, hay que aplicar las reglas generales en tales supuestos, recordando una vez más que los posibles defectos o insuficiencias en el acto de aprobación de la partición no tienen por qué repercutir en la inscripción del acto de partición.

6.^a *El requisito de la citación al inventario.*—La partición de contador con aprobación de los herederos requiere la citación al inventario de herederos, legatarios y acreedores cuando se trate de menores o incapacitados. Respecto a los herederos que han aprobado la partición hay que interpretar que esa aprobación lleva consigo el cumplimiento del requisito de la citación a los mismos, pues al aprobar la partición aprueban también la operación de inventario. Pero respecto a los herederos que no han aprobado la partición y respecto a acreedores y legatarios, es necesario cumplir el requisito de la citación al inventario, ya que es una exigencia del párrafo segundo del artículo 1.057 del Código. Obsérvese que en este punto la partición de contador con aprobación de los herederos es más rígida que la partición conjunta de contador y herederos, pues ya vimos que el citado precepto no es aplicable a esta última.

7.^a *El problema de la interpretación del testamento por el contador-partidor.*—También vimos antes que en la partición conjunta desaparecen las facultades privilegiadas del contador en orden a la interpretación del testamento. En cambio, en la partición de contador con simple aprobación de los herederos, el contador mantiene íntegramente su carácter, por lo que debe asignársele esa función interpretativa del testamento. En este sentido, se pronuncia la resolución de 26 de marzo de 1952 (caso del Registro de Marchena) antes estudiada.

XI. PARTICION QUE APARENTEMENTE ESTA REALIZADA POR CONTADOR CON APROBACION DE LOS HEREDEROS, PERO QUE ENCUBRE UNA PARTICION CONJUNTA DE CONTADOR Y HEREDEROS

Puede suceder que en el documento se diga que la partición la ha realizado exclusivamente el contador y que los herederos se limitan a aprobarla, y, sin embargo, ello represente una mera apariencia, por haber

sido otorgada en la realidad por el contador y los herederos de forma conjunta.

Ahora bien, a efectos registrales sólo interesa la partición conjunta encubierta que pueda salir a relucir por una interpretación sistemática del documento. Por tanto, el Registrador no puede presumir que la partición ha sido conjunta, aunque en el documento se haya expresado y declarado que es exclusiva del contador con simple aprobación de los herederos. Si esto es lo que consta en el documento y no existe en el mismo ningún dato en contra de esa declaración, la partición debe calificarse como partición exclusiva de contador, pues no hay base para poder presumir que la aprobación significa intervención y realización de la partición.

Nos referimos, pues, en este epígrafe sólo a la partición conjunta encubierta que se deduce de los propios términos del documento, aunque en las cláusulas finales se diga que la ha realizado exclusivamente el contador y que los herederos se limitan a aprobar el acto ajeno. Recordemos que la interpretación sistemática puede dar este resultado. En tal caso, la partición ha de ser calificada como conjunta, a pesar de los términos empleados en las cláusulas o estipulaciones. Y es que la palabra «aprobación» no debe considerarse como un milagroso talismán capaz de convertir una partición conjunta en una partición exclusiva de contador. Sólo será decisiva si no viene contradicha por el total contexto del documento sometido a la calificación registral. Cuando las resoluciones estudiadas afirman que la aprobación o beneplácito de los herederos no desnaturaliza la actuación unilateral del contador, hay que entender que se refieren a supuestos en que, según la Dirección los herederos no habían realizado ninguna operación particional. Por eso cuando se empleó la palabra «aprobación», pero del contexto del documento resultaba que los herederos habían intervenido directamente, junto con el contador, en todas o algunas de las operaciones particionales, la Dirección no duda en calificar el supuesto como de partición conjunta, a pesar de la «fórmula» utilizada. Muy significativo es el caso de la resolución de 27 de febrero de 1922 (caso del Registro de Berja), en que constaba la palabra «aprobación» en una de las estipulaciones de la escritura, a pesar de lo cual la Dirección aplicó la normativa de la partición conjunta de contador y herederos, porque de otras declaraciones contenidas en el documento resultaba que, salvo la operación de inventario, que fue realizada exclusivamente por el contador, las demás de «avalúo, cuenta, partición y adjudicación» más ciertas renunciaciones de derechos fueron realizadas por contador y herederos. Y ello aunque el Notario en el recurso insistió en el que la intervención de los herederos se debía a «un acto de cortesía o

delicadeza del contador, y no a un deber, como se demuestra con la primera estipulación de la escritura, donde se dice que los herederos *aprueban* las operaciones hechas por el contador».

En definitiva, en casos como el estudiado, la aprobación de los herederos no excluye la calificación de la partición como conjunta, con las consecuencias pertinentes que tal calificación lleva consigo.

Como supuestos de esa partición conjunta encubierta bajo la forma de «aprobación de los herederos», que se deduce del contexto mismo del documento, pueden señalarse dos:

1.º Cuando en el cuaderno privado que luego se protocoliza se dijo que la partición la habían realizado contador y herederos, y, a pesar de todo, en la escritura de protocolización se dice que el contador es el único que realizó la partición y que los herederos se limitan a aprobarla. No cabe ir contra los propios actos, por lo cual la fórmula de la «aprobación» no elimina la intervención conjunta de contador y herederos en la partición.

2.º Cuando, otorgada directamente escritura de partición, se dice en las cláusulas o estipulaciones que la partición ha sido realizada exclusivamente por el contador con la aprobación de los herederos, y, sin embargo, en los antecedentes o exposición de todas las operaciones particionales, se ve que los herederos dejan su huella en las mismas. En tal caso, la aprobación no excluye tampoco la realización de operaciones por los mismos herederos, según resulta del propio documento calificado.

XII. PARTICION DE CONTADOR EXCEDIENDOSE DE SUS FACULTADES CON APROBACION DE LOS HEREDEROS

En principio, el contador es un mandatario *sui generis* del testador (45), y por ello debe actuar dentro de las facultades conferidas (la simple facultad de hacer la partición). Precisamente por esto, si actúa dentro de sus facultades, la aprobación ulterior de los herederos hemos visto que no significa «ratificación» en sentido técnico, pues el contador actuó en representación del testador y como tal representante agotó su gestión, no quedando, entonces, ningún hueco para que opere la ratificación del artículo 1.259 ni del 1.892 del Código civil.

Pero si el contador se excede de sus facultades al realizar la partición con actos colaterales pero conexos e inseparables de las operaciones particionales (ejemplo, adjudicaciones con excesos a pagar en metálico, con-

(45) Véase lo dicho en nota 42.

mutación de usufructo del viudo) y los herederos aprueban el resultado de esas operaciones, la aprobación no es simplemente una cláusula de estilo sin trascendencia en la partición, sino que en parte es una verdadera «ratificación», en todo aquello en que el contador se hubiere excedido. Y como en estos supuestos de operaciones colaterales y conexas a las de partición no cabe separar jurídicamente lo realizado por el contador dentro de sus facultades y lo realizado con exceso, pues forma un todo indivisible, que aparece fundido en el resultado de las adjudicaciones, no puede decirse que la partición ha sido realizada exclusivamente por el comisario; por el contrario, se trata de una partición que en parte ha sido realizada por él como mandatario del testador, pero en la parte en que se excedió ha sido realizada como una especie de gestor de negocios ajenos sin mandato, cuya gestión ha sido ratificada por los herederos interesados.

La aprobación en este supuesto de exceso de facultades es una verdadera «ratificación» respecto a los actos colaterales en que se aprecia dicho exceso, y determina una intervención de los herederos en las operaciones, haciendo suyos, *a posteriori*, los actos realizados por el comisario fuera de sus atribuciones. Con esta interpretación, que tiene su base en la figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato, la ratificación de los herederos convalida la actuación del contador y da lugar, en definitiva, a una partición conjunta, pues no cabe deslindar en la partición lo que el contador realizó como gestor de los herederos.

Esta interpretación de la «aprobación de los herederos» en este supuesto tiene la ventaja de evitar la declaración de nulidad de la partición de contador por exceso de facultades, pero da lugar ineludiblemente a una forma de partición conjunta, con todas las consecuencias prácticas apuntadas en otros epígrafes, pues no hay otra forma, que nosotros sepamos, de explicar el alcance de esa aprobación de los herederos, si no es desde la perspectiva de una verdadera «ratificación».

Hay que advertir que partimos del supuesto de que los actos en que se exceda el comisario vayan íntimamente enlazados a las operaciones particionales. Si el comisario en la misma escritura de partición realiza, además de las operaciones particionales, otros actos diferentes que nada tienen que ver con la partición, entonces no será aplicable lo que hemos dicho, pues la «aprobación de los herederos» puede interpretarse en tal supuesto como una verdadera ratificación del acto excesivo (que aparece separado de las operaciones particionales) y como una simple aprobación (en el sentido indicado en el epígrafe X) de lo que es estricta partición. Ejemplo: escritura de partición de contador con ulterior venta realizada por el propio contador. Si los herederos aprueban lo realizado por el con-

tador, cabe entender que ello significa que hacen una simple aprobación de la partición (no ratificación) y una verdadera ratificación de la venta. Pero entonces la aprobación de la partición, único aspecto que nos interesa, no sería, a diferencia de los supuestos antes examinados, un caso de partición conjunta.

XIII. PARTICION DE CONTADOR INCAPAZ O INHABIL CON APROBACION DE LOS HEREDEROS

Este supuesto es distinto del anterior. Acabamos de examinar el caso de actuación del contador excediéndose de sus facultades, en el cual el contador al menos actúa plenamente legitimado en todo aquello en lo que no se excede, que, aunque en el resultado final no puede separarse, permite pensar que el contador ha intervenido en la partición. En cambio, el supuesto que ahora exponemos contempla una incapacidad o inhabilidad total del contador, en cuyo caso es como si no actuara contador. Por tanto, la aprobación de los herederos no implica en este caso partición conjunta de contador y herederos, sino partición exclusiva de herederos al aprobar o ratificar lo hecho por contador incapaz, que es tanto como decir lo hecho por «no-contador» (46).

La aprobación de los herederos significa también aquí verdadera «ratificación» determinante de una intervención en la partición, pero no da lugar a la figura de la partición conjunta de contador y herederos, sino a una partición exclusiva de herederos con olvido de la figura del contador. Claro está que, según dijimos, la partición conjunta se aproxima a la partición de herederos, por lo que parece que es lo mismo calificarla de una u otra manera. Pero también dijimos que no hay identidad total de figuras, pues la partición conjunta se diferencia de la partición de herederos en tanto en cuanto en la primera cuenta el contador y en la segunda no. Aplicando estas ideas al supuesto que ahora examinamos, cabe deducir la siguiente consecuencia práctica de la calificación del mismo como caso de partición de herederos y no de partición conjunta: que, si además del contador inhábil, existe nombrado otro contador solidario que no ha intervenido, no bastará la aprobación o ratificación de los herederos, sino que será necesaria, además, la aprobación del otro contador, salvo que haya renunciado. Con esta hipótesis llegamos por otro camino a un caso de partición conjunta: el de partición de herederos (al ratificar lo hecho por contador inhábil) con aprobación del otro contador solidario hábil.

(46) Véase nota 33.

XIV. PARTICION DE CONTADOR FUERA DE PLAZO CON APROBACION DE LOS HEREDEROS

El problema que aquí se plantea es el de si la aprobación de los herederos supone en este caso la concesión de contador de una prórroga tácita o simplemente una ratificación de lo hecho inválidamente por el contador.

La solución de este dilema produce importantes consecuencias prácticas. Así:

1.^a Si se entiende que la aprobación implica concesión de prórroga tácita sería admisible la partición hecha por contador fuera de plazo con aprobación de la *mayoría* de los herederos, si la partición tuvo lugar dentro del año de prórroga que permite el artículo 906 del Código civil por mayoría de los interesados. En tal caso, no se exigiría la unanimidad de los herederos, pues se entendería que el artículo aplicable es el artículo 906 del Código civil y no el 1.058 del Código civil.

En cambio, si se estima que la aprobación sólo significa la ratificación de lo hecho por comisario cuyo cargo se extinguió por transcurso del plazo, se exigirá la unanimidad de los herederos en la aprobación, pues entonces el artículo aplicable sería el 1.058 y no el 906.

2.^a Si se interpreta que la aprobación de los herederos implica concesión de prórroga, y no ratificación, estaríamos ante una partición exclusiva de contador cuyo plazo ha de considerarse prorrogado por los herederos, con la consecuencia de que las normas aplicables serían las del artículo 1.057 del Código civil.

En cambio, si se interpreta que la aprobación de los herederos no significa prórroga de plazo, sino simplemente una ratificación de lo hecho por persona cuyo plazo de actuación caducó, entonces pasaríamos al supuesto de partición exclusiva de herederos, que al ratificar es como si ellos hubiesen realizado la partición, pues el cargo de contador como mandatario del testador se habría extinguido por transcurso del tiempo.

Para solucionar este problema caben dos soluciones:

1.^a TEORÍA: LA APROBACIÓN DE LOS HEREDEROS IMPLICA PRÓRROGA TÁCITA

Mantiene esta teoría la Dirección General de los Registros y del Notariado en las resoluciones que pasamos a examinar.

La resolución de 2 de marzo de 1899 (caso del Registro de Gijón) es la primera que expone la idea de que el consentimiento que prestan los

herederos a la distribución del albacea supone la prórroga del plazo del albaceazgo. El Registrador había denegado la inscripción por varios motivos, entre ellos, «porque con arreglo a lo dispuesto en los artículos 904 y siguientes del Código civil, los albaceas carecen de personalidad para representar a los herederos, por el lapso de término señalado por la Ley para el cumplimiento de su cargo». La Dirección, siendo Director general don RAMÓN CEPEDA, revoca la nota, confirmando así la providencia del Presidente de la Audiencia Territorial de Oviedo, por lo que dijo en el último «Considerando»:

«Considerando que representados legalmente los expresados herederos por el Ministerio público, representados otros por los Estrados del Tribunal y compareciendo los demás por su propio derecho, es visto que todos ellos han sido parte en los autos de la testamentaria de los referidos cónyuges, y han consentido y por ende reconocido la personalidad del albacea, prorrogando de esta suerte, en uso del derecho que les concede el artículo 906 del Código civil, el plazo del albaceazgo por todo el tiempo que creyeron necesario para los fines de la adjudicación».

Baste decir ahora frente a esta resolución, que consideramos no sólo improcedente, sino *innecesaria*, la calificación de la aprobación o consentimiento de los herederos como prórroga del plazo del albacea, pues si habían intervenido todos los representantes de los herederos, también podía haberse dicho que, en cualquier caso, la intervención de los herederos suponía ratificación o convalidación de lo hecho por el albacea, sin entrar a calificar ese aspecto discutible de si significaba prórroga tácita.

La resolución de 23 de julio de 1910 (caso del Registro de Villacarrillo) se ocupa de un caso en que el Registrador había denegado la inscripción de una escritura de partición por varios defectos, entre ellos, «por falta de personalidad de los contadores nombrados por la testadora, porque el lapso del tiempo ha hecho ineficaz su mandato y producido la caducidad de sus funciones». La Dirección, siendo Director general don VICENTE PÉREZ, confirma la providencia del Presidente de la Audiencia Territorial de Granada, y, en consecuencia, revoca la nota del Registrador, por lo que dice en el «Considerando» segundo, único que aquí interesa:

«Considerando que no es de estimar la falta de personalidad de los Albaceas-Contadores nombrados por la causante, para efectuar la partición de que se trata, bajo el supuesto de que el lapso del plazo legal ha hecho ineficaz su mandato y producido la caducidad de sus funciones, pues si bien es cierto que los artículos 904 y 905 del Código civil establecen que el albacea a quien el testador no haya fijado plazo deberá

cumplir su encargo dentro de un año, y que si el propio testador ampliase este plazo legal sin señalar expresamente el de la prórroga, se considerará prorrogado por un año; también lo es que, conforme a lo dispuesto en el 906, los herederos pueden ampliar dicho plazo por todo el tiempo que crean necesario, entendiéndose concedida esta autorización, no solamente cuando la otorgan expresamente, sino también cuando así se deduce de los actos de los propios herederos, según la doctrina consignada en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1902, y, en consecuencia, habiendo quedado único heredero de la causante don Ramón Millán, por serlo también del hijo de ambos, don Ildefonso, y habiendo aquél aprobado las gestiones de los referidos albaceas, ejecutadas después de transcurrido dicho plazo legal, y concurrido con los mismos el otorgamiento de la escritura particional, tales actos implican la debida ampliación de dicho término, aparte de que esta misma intervención y aprobación del heredero haría innecesaria la de los albaceas, y quitaría toda importancia a aquella pretendida extralimitación legal, según lo declarado por este Centro en Resoluciones de 18 de diciembre de 1893 y 16 de septiembre de 1901».

En relación con esta resolución anotamos lo siguiente:

a) Que aplica la teoría de la prórroga tácita basándose en la sentencia de 4 de febrero de 1902, pero hay que tener en cuenta que el caso de esta sentencia no se refería a una aprobación posterior de los herederos, sino a un convenio previo entre contador y herederos del que se desprendía la prórroga tácita. Luego esa sentencia admite la prórroga tácita, pero no admite que la aprobación de los herederos con posterioridad a la partición del contador sea prórroga tácita. De modo que el caso de la sentencia de 4 de febrero de 1902 es muy distinto del de la resolución que comentamos, como también pone de relieve ALBALADEJO.

b) Que lo que a la resolución le interesa en el fondo es el problema de la convalidación de la actuación del contador por los herederos, y para ello establece su teoría de la prórroga tácita. Es decir, no contempla esas dos consecuencias prácticas de la teoría de la prórroga tácita indicadas antes. Lo cual atenúa algo el valor de sus declaraciones, máxime teniendo en cuenta lo que indica al final del «Considerando» transcrito, que es exponente de que, aunque sea de modo subsidiario, también admite la otra teoría de la convalidación o ratificación. Lo que en definitiva puede significar que no defiende la teoría de la prórroga tácita con autonomía y como contrapuesta a la teoría de la ratificación, que es como en realidad sería peligrosa, sino más bien para apoyar la idea de la ratificación o convalidación de la extralimitación.

La resolución de 30 de enero de 1911 (caso del Registro de Manresa) sigue también la teoría de la prórroga tácita. El Registrador denegó la inscripción por cuatro defectos, de los cuales interesan estos dos: *a)* por ser extraña y extemporánea la operación divisoria realizada por los albaceas nueve años después que el heredero necesario y único aceptó sin restricción la herencia condicional de su padre, e inscribió a su nombre los bienes que la integran, implicando tal aceptación haber asumido el heredero la representación de la personalidad del causante y haber cesado la testamentaria y herencia yacente; *b)* y porque, aun hecha en tiempo la operación particional, no sería inscribible por no haber intervenido en ella los acreedores, legatarios e interesados en la institución fideicomisaria.

La Dirección, siendo Director general don FERNANDO WEYLER, revoca la nota al confirmar la providencia del Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona. Interesan los dos primeros «Considerandos»:

«Considerando que no es motivo bastante, por sí solo, para denegar la inscripción de la escritura de liquidación y partición de que se trata en el recurso, la circunstancia consignada en primer término en la nota del Registrador, de haberse efectuado dichas operaciones divisorias mucho tiempo después de la muerte del testador y de haber inscrito el heredero instituido su derecho hereditario, pues si bien es cierto que los artículos 904 y 905 del Código civil establecen que el albacea a quien el testador no haya fijado plazo deberá cumplir su encargo dentro de un año, y que si el propio testador ampliase este plazo legal, sin señalar expresamente el de la prórroga, se considerará ampliado por un año, también lo es que el artículo 906 autoriza a los herederos para ampliar dicho plazo por el tiempo que crean necesario, y que esta autorización se entiende concedida, no sólo cuando la otorguen expresamente, sino también cuando así se deduce de los actos de los propios herederos, según la doctrina consignada en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1902 y Resolución de este Centro de 23 de julio de 1910; y en consecuencia, habiendo aceptado expresamente dichas operaciones divisorias el heredero instituido, por escritura otorgada ante..., teniendo, además, dicho otorgante el carácter de apoderado de su madre, heredera usufructuaria, tal acto implica la prórroga de dicho término, por lo que, aun reconociendo, como se indica en dicha nota, que es extraña la partición efectuada bastantes años después de fallecido el causante, no por ello puede estimarse nula, habiendo, como hay, dichos actos de aceptación y aprobación de las únicas personas que podrían impugnarla;

»Considerando que no existe tampoco el defecto indicado en el número 3.º, fundado en no haber intervenido en la escritura los legatarios y

acreedores, puesto que, siendo una partición practicada por Comisarios, este requisito lo exige el artículo 1.057 del Código civil para la formación del inventario, cuando hay algún heredero menor de edad; pero como en este caso, aunque lo era el heredero instituido, se hallaba legalmente emancipado, y debe por ello ser reputado como mayor a tenor de lo prevenido en el artículo 317 del mismo Código, excepto para los actos y contratos que en el mismo se determinan, entre los cuales no se halla el de liquidación y división de herencia, dedúcese no ser necesaria dicha intervención, como así lo ha declarado, en caso análogo, la Resolución de 7 de enero de 1907.»

Esta resolución, aunque aplica la teoría de la prórroga tácita, no sirve para extraer ninguna consecuencia a propósito del problema de si cabe o no prórroga *por mayoría*, porque en el caso no se daba ese problema, sino que, como dice la resolución, se había producido la «aceptación y aprobación de las únicas personas que podrían impugnarla» (o sea, todos los interesados). En cambio, se vislumbra la segunda de las consecuencias prácticas antes apuntadas, es decir, la calificación de la partición como realizada exclusivamente por el contador, en virtud de la prórroga tácita de los herederos, pues considera aplicable el artículo 1.057, aunque estima innecesaria la citación al inventario que prevé dicho precepto cuando el heredero es menor de edad emancipado.

La resolución de 3 de julio de 1926 (caso del Registro de Campillos) también se ocupa de la cuestión que estamos examinando, si bien en un supuesto no de partición realizada fuera de plazo, sino de escritura de venta otorgada por el albacea facultado por el testador, pero una vez transcurrido el plazo y la prórroga concedida por éste, aunque habiendo intervenido en la escritura el heredero único. La Dirección, siendo Director general don Pío BALLESTEROS, revoca el auto apelado y la nota del Registrador, diciendo que «los herederos a quienes el artículo 906 del Código civil autoriza para ampliar el plazo del albaceazgo por todo el tiempo que crean necesario pueden hacer uso de esa facultad ya de un modo expreso, ya por medio de actos posteriores que impliquen el otorgamiento de la prórroga».

2.ª TEORÍA: LA APROBACIÓN DE LOS HEREDEROS NO IMPLICA PRÓRROGA TÁCITA, SINO SIMPLE RATIFICACIÓN QUE CONVALIDA LA ACTUACIÓN DEL CONTADOR FUERA DE PLAZO

Sigue esta opinión ALBALADEJO, que distingue entre los supuestos de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1902 y de 17 de junio de 1914 y los de las resoluciones de la Dirección. En las dos sentencias indicadas se contemplan casos de prórroga tácita «pues tal pró-

rroga se deduce de un hecho (convenio de albaceas y herederos) *anterior* al transcurso del plazo, y en el que no hay otorgamiento *expreso* de prórroga». En cambio, «no son casos de prórroga tácita (aunque califiquen de tal al supuesto e invoquen la doctrina de alguna de esas sentencias), sino de ratificación de lo hecho por los albaceas fuera de plazo, las resoluciones de 2 de marzo de 1899, 23 de julio de 1910, 30 de enero de 1911 y 3 de julio de 1926» (47).

Creemos que tiene razón ALBALADEJO por lo siguiente:

— Porque el plazo del albaceazgo cesa de modo *automático*, según reconoce la doctrina dominante. Por ello, el tiempo adecuado para instar la prórroga, como dice el propio ALBALADEJO, es «antes que se agote el plazo de duración del albaceazgo» (48), y en este caso la aprobación de los herederos tiene lugar una vez transcurrido el mismo.

— Porque cabe aplicar la analogía del artículo 1.703 del Código civil, que contempla la prórroga del plazo del contrato de sociedad concedida después del transcurso del mismo, y dice que no supone continuación de la sociedad, sino «nueva constitución» de la misma (49).

En conclusión, nosotros entendemos que la aprobación de los herederos de la actuación del comisario fuera de plazo no implica prórroga tácita del plazo, sino que es una mera ratificación de la partición que realizó el contador cuando era inhábil para actuar, ratificación que convalida la partición, convirtiéndola en una partición exclusiva de herederos. Ello da lugar a las dos consecuencias prácticas apuntadas al principio: 1.^a Es necesario que aprueben esa partición extemporánea *todos* los herederos (aplicación del artículo 1.058 y no del 906 del Código civil). 2.^a No es aplicable la normativa del artículo 1.057 del Código civil referente a la partición exclusiva de contador, sino los preceptos de la partición realizada por los herederos.

XV. LA PARTICION EXCLUSIVA DE CONTADOR CON INTERVENCION DE LOS HEREDEROS A OTROS EFECTOS NO RELACIONADOS CON LAS OPERACIONES PARTICIONALES

Como el fenómeno sucesorio no se agota en la partición, sino que existen otros actos jurídicos relacionados con la herencia, además de la

(47) ALBALADEJO, *ob. cit.* en nota 20, págs. 609 a 611, nota 241 a pie de página.

(48) ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 604.

(49) Dice este artículo 1.703: «Si la Sociedad se prorroga después de expirado el término, se entiende que se constituye una nueva Sociedad. Si se prorroga antes de expirado el término, continúa la Sociedad primitiva».

partición, puede suceder que en la escritura de partición del comisario intervengan los herederos para realizar otros actos jurídicos previstos legalmente y distintos de las operaciones particionales.

En estos supuestos, la partición de comisario no pierde su naturaleza unilateral y privilegiada y debe regirse por la normativa del artículo 1.057, debiéndose calificar con separación los actos jurídicos que otorgan los herederos.

A continuación exponemos una serie de supuestos de esta clase que no dan lugar a partición conjunta.

1. LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA POR LOS HEREDEROS

Cabe que en la escritura de partición de herencia otorgada por el contador intervengan también todos o algunos de los herederos para aceptar la herencia. En tal caso, puede calificarse con separación el acto de partición, de naturaleza unilateral, regido por el artículo 1.057 del Código civil, y el acto de aceptación, que a su vez es un acto unilateral del heredero y se rige por normas especiales de capacidad. Cabe inscribir la partición y suspender la inscripción del acto de aceptación.

Por la misma razón, cabe que la escritura otorgada sea simplemente de partición, sin que conste la aceptación de los herederos. La Dirección General de los Registros así lo ha reconocido en varias resoluciones (50), basándose en las figuras del consentimiento formal y de la condición suspensiva. Desde esta última perspectiva, al quedar inscrita la partición y las adjudicaciones realizadas unilateralmente por el contador a nombre de cada heredero, sin que conste la aceptación de la herencia, ello implica que tales adjudicaciones quedan sometidas a la condición suspensiva de que conste con posterioridad tal aceptación. Obsérvese que no se trata de aprobar la partición, sino de la «aceptación» de la herencia como acto jurídico del que dependen las adjudicaciones realizadas (51). Esta condición tiene la especialidad de que no consta de modo expreso en el Registro como tal condición, pero resulta claramente del mismo si aparece en la inscripción que sólo ha intervenido el contador-partidor y que éste es el que ha otorgado unilateralmente las adjudicaciones. A parecido resultado llega la Dirección aplicando la teoría del consentimiento formal, si es que se admite este tipo de consentimiento, sobre la base de que las adjudicaciones realizadas por el contador emanan de la persona facultada por el

(50) Así, Resoluciones de 7 de enero de 1875, 12 de diciembre de 1927, 19 de junio de 1929, 3 de agosto de 1944 y también la citada Resolución de 6 de marzo de 1930, que alude a las dos teorías que se indican en el texto.

(51) Claro que ya hemos dicho que la aprobación también implica aceptación tácita de la herencia.

titular registral para distribuir la herencia, aunque no conste todavía el cambio «real» que se produce por la adquisición de los herederos en virtud de la aceptación de la herencia. En uno y otro caso, la adjudicación queda subordinada al acto de aceptación de los herederos. Por eso, es interesante la constancia posterior en el Registro del acto de aceptación de la herencia, que si se sigue la teoría de la condición bien podría tener lugar por nota marginal. Claro que la mayor parte de las veces tiene lugar cuando el heredero va a vender una de las fincas adjudicadas, caso éste en que la aceptación resulta tácitamente del acto mismo de vender que se refleja en la correspondiente inscripción.

Más raro es el supuesto en que consta en el Registro la aceptación de la herencia y no el acto de partición del contador. Pero también puede suceder, lo que demuestra igualmente la separación entre esos dos actos jurídicos a efectos del Registro. Se trata del caso de anotación preventiva de derecho hereditario, en que consta registrado el derecho en la comunidad hereditaria. Si después se practica por el contador la partición, ya no estaremos en presencia de una adjudicación sometida a condición, pues la aceptación constaba ya con anterioridad en el Registro.

Todas estas posibilidades han de ser tenidas en cuenta al hacer el estudio de estos actos jurídicos en relación con el Registro.

2. LA INTERVENCIÓN DE LOS HEREDEROS EN EL INVENTARIO AL SER CITADOS POR EL CONTADOR EN EL CASO PREVISTO POR EL PÁRRAFO 2.º DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL

Hemos dicho antes que la partición conjunta se produce por la intervención de los herederos, junto con el contador, en alguna de las operaciones particionales. Pero también hemos dicho que de esa regla hay que salvar la excepción del párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código civil. Este precepto, en caso de existir menores o sujetos a tutela, exige que se cite por el contador a herederos, legatarios y acreedores en relación con el inventario de la herencia. Puede suceder que, a pesar de tal citación, no comparezcan los herederos, sino sólo los legatarios y acreedores o que no comparezca nadie, casos ambos en que no se plantea ningún problema de intervención conjunta en la operación particional del inventario, pues queda claro que es el contador el único que la ha formalizado. Pero vamos a suponer que todos o algunos de los herederos comparecen atendiendo a esa citación al inventario. Aun así la partición no es conjunta sino exclusiva de contador. En primer lugar, y en todo caso, porque es un requisito previsto legalmente para la partición exclusiva de contador, lo que significa que la propia ley impone tal calificación de partición unilateral de contador, aunque intervengan los herederos en el

inventario. Pero es que, además, en puridad de conceptos, la citación de los herederos no se hace para que ellos realicen juntamente con el contador (y, en su caso, con legatarios y acreedores) la operación de inventario, sino para que la «presencien», pues, aunque el artículo no dice nada, lo lógico es suponer en la partición de contador que es éste el que únicamente tiene facultades de decisión respecto a todas las operaciones particionales, y por otro lado, tenemos la analogía del artículo 1.014 del Código civil, en que se dice, en relación con la citación de acreedores y legatarios, que se hace «para que acudan a *presenciarlo* (el inventario) si les conviniera». Naturalmente, hay que imaginar que esa presencia no puede ser simplemente pasiva, pues entonces no tendría sentido, pero la *actividad* consistirá en hacer las manifestaciones que estimen oportunas, reservándose las acciones pertinentes, aunque será el contador el que, en definitiva, decidirá unilateralmente lo procedente.

Por tanto, la normativa a aplicar será la de la partición exclusiva de contador y no la de la partición de herederos. Puede trasladarse aquí todo lo que dijimos en el epígrafe correspondiente sobre las consecuencias prácticas de la partición exclusiva de contador frente a las de la partición conjunta. Singularmente, hay que recalcar que no será necesaria la aprobación judicial de la partición, aunque existan menores no representados por el padre o la madre en la comparecencia al inventario. Por otro lado, respecto al nombramiento de defensor judicial para comparecer al inventario, se deben seguir distintas orientaciones que cuando se trate de nombrar defensor judicial para la práctica de la partición misma; y es que podría suceder que en relación con el inventario los intereses de padre e hijo fueran concordantes por ser ambos herederos y no tener aquél bienes gananciales o privativos que podrían interferir el inventario en perjuicio del hijo; y en cambio, si se tratase de practicar la partición habría intereses contrapuestos al decidir sobre el destinatario de las adjudicaciones. También puede suceder que padre e hijo tengan interés en la liquidación previa de la sociedad conyugal. Precisamente, en relación con este último caso, habría que nombrar defensor judicial al hijo para recibir la citación al inventario y presenciarlo si lo estimara procedente.

3. LA INTERVENCIÓN DE LOS HEREDEROS EN EL INVENTARIO PARA OBTENER CIERTOS BENEFICIOS EN ALGUNAS REGIONES FORALES

En Cataluña y Baleares se concede la cuarta Trebeliánica al heredero fiduciario que practique inventario en el tiempo y condiciones que se-

ñalan las respectivas Compilaciones (52). También se concede en las mismas la cuarta Falcidia al heredero al que no quede libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, por razón de los legados, subordinando el ejercicio de este derecho al mismo requisito de la formalización del inventario (53).

En principio no tiene por qué haber interferencias entre la formación del inventario por el heredero a los indicados efectos y la operación particional de inventario formalizada en su caso por el contador, pues cabe que cada uno lo haga con separación y en momentos distintos, e incluso cabe que el inventario hecho por el contador en tiempo y forma aproveche al heredero fiduciario a efectos de la cuarta Trebeliánica, aunque él no haya intervenido en el mismo (art. 199 de la Compilación de Cataluña, párrafo último).

Sin embargo, y como dice ROCA SASTRE, «para evitar que surjan dos inventarios de posible contenido desigual, es recomendable que, en cuanto al inventario, procedan de común acuerdo el contador-partidor y los herederos» (54). Pues bien, en este caso podría también plantearse si la partición se transforma en conjunta de contador y herederos, con todas sus consecuencias, por el mero hecho de esta formalización simultánea de la operación del inventario. Nosotros creemos que no, pues la intervención del heredero en el inventario se hace, y así debe expresarse en la escritura correspondiente, no a los efectos de la partición, sino al único efecto de poder obtener la cuarta Trebeliánica o la cuarta Falcidia previstas en aquellas Compilaciones.

4. LA INTERVENCIÓN DE ALGÚN HEREDERO AL ÚNICO OBJETO DE SOLICITAR DEL CONTADOR LA REALIZACIÓN DE LA PARTICIÓN

Por influencia de la cláusula de no estorbar, es frecuente que el testador sólo establezca la intervención del contador en el supuesto de que así lo solicite algún interesado. Cabría discutir si en estos casos basta que comparezca en la escritura el contador manifestando, sin acreditarlo, que ha sido requerido para ello por todos o alguno de los herederos, o es necesario que conste de modo fehaciente la solicitud de alguno de éstos. En la práctica se procede con gran amplitud y flexibilidad, dando por buena la simple manifestación del contador, quizá considerando insólito que éste, conociendo la correspondiente cláusula testamentaria, actúe por su

(52) Véanse los artículos 198 y ss. de la Compilación de Cataluña, y artículo 29 de la Compilación de Baleares.

(53) Véanse los artículos 225 y ss. de la Compilación de Cataluña y 38 y ss. de la Compilación de Baleares.

(54) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo III, pág. 852, nota 1.

cuenta, sin haber contado con la solicitud de algún heredero. Pero en nuestra opinión debería exigirse la constancia escrita de tal solicitud, aunque sólo sea para evitar que luego los herederos pretendan olvidar la partición firme del contador diciendo que ninguno de ellos había requerido su intervención. Consideramos que no cuesta nada formalizar una solicitud que vaya firmada por uno de los herederos y ratificada ante el Registrador. Claro que todo esto se evitaría si en la escritura de partición del contador comparece uno de los herederos para manifestar que requiere la intervención del contador conforme a la cláusula testamentaria que exponemos.

Pensando en tal supuesto, no hará falta decir que tal intervención conjunta en la escritura no significa partición conjunta, pues quedarán bien delimitadas las intervenciones de los comparecientes y bien claro resultará que es el contador el único que otorga la partición y que el heredero se limita a solicitar la intervención de aquél.

5. LA INTERVENCIÓN DE LOS HEREDEROS EN LA ESCRITURA DE PARTICIÓN PARA OTORGAR ACTOS DISTINTOS DE LOS PARTICIONALES

Si las operaciones particionales constan realizadas exclusivamente por el contador, es evidente que no queda desnaturalizada su actuación unilateral por el hecho de que en la misma escritura intervengan uno o más herederos para otorgar ventas u otros actos jurídicos totalmente independientes de la partición. Ya vimos antes que si los actos realizados por los herederos repercuten de algún modo en las adjudicaciones hereditarias, entonces la partición ha de calificarse como conjunta de contador y herederos. Pero ahora partimos del supuesto de que los actos realizados por los herederos sean posteriores a las adjudicaciones, aunque se otorguen en la misma escritura de partición e independientes de ellas.

Otro caso hipotético dentro de este grupo, que tampoco sería partición conjunta, es el de intervención de los herederos al único efecto de entregar legados. Decimos que es hipotético porque después del artículo 83 del Reglamento Hipotecario, reformado en 1959, queda claro que el contador puede entregar por sí mismo los legados, aunque no haya sido facultado expresamente por el testador, con lo cual no sería necesaria la intervención de los herederos. Nosotros creemos que esta postura del Reglamento es acertada, pues parece lógico que dentro de la facultad de hacer la partición de la herencia a que se refiere el artículo 1.057 del Código civil esté comprendida la facultad de entregar legados, que son también «herencia» *en sentido amplio*, y que, además, aparecen normal-

mente delimitados en el testamento en cuanto al objeto. Pero hay algún autor, y nos referimos a ROCA SASTRE, que entiende que con la fórmula reglamentaria «padece el Código civil», aunque reconoce que «no deja de ser buena desde el punto de vista práctico» aquella fórmula (55). Pues bien, vamos a suponer que, para evitar cualquier suspicacia, el funcionario autorizante entiende que es conveniente que comparezcan los herederos para entregar los legados, con lo que no se planteará ese problema de si padece o no el Código civil. Nosotros insistimos en que no vemos ningún «padecimiento» del Código; pero lo que queremos señalar ahora, ante esa posible intervención de los herederos, es que no se trata de partición conjunta, pues en la escritura quedará claro que el contador formaliza unilateralmente la partición de la herencia «en sentido estricto» y que los herederos entregan los legados.

6. LA INTERVENCIÓN PARA LIQUIDAR PREVIAMENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Dentro de este epígrafe señalaremos dos supuestos, ninguno de los cuales implica partición conjunta de la herencia, sino intervención conjunta en la liquidación de sociedad conyugal y posterior partición exclusiva de la herencia por el contador.

a) El primer supuesto es el de escritura en la que conste que, con carácter previo a la partición de herencia realizada exclusivamente por el contador, practican la liquidación de la sociedad conyugal el cónyuge viudo y los herederos. En principio, este supuesto sólo hay que plantearlo si se entiende que el contador no tiene facultades para liquidar previamente, en unión del cónyuge viudo, la sociedad conyugal; pues si se le atribuye tal facultad sobra esa compleja intervención de todos los interesados. Pero la cuestión es discutible.

La postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado es que el contador puede realizar, junto con el viudo, la previa liquidación de la sociedad conyugal (56). Sin embargo, hay autores como LACRUZ (57) que entienden que no compete al contador dicha facultad,

(55) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo III, pág. 936.

(56) Así, Resoluciones de 11 de septiembre de 1907, 29 de enero de 1908 y 6 de marzo de 1923.

(57) LACRUZ, *ob. cit.* en nota 3, pág. 247, siguiendo a VALVERDE y CASTÁN, si bien recoge la postura jurisprudencial como más práctica. Pero señala dos objeciones: «una, que no cabe presumir en el causante, partir del encargo de dividir entre sus herederos, la colación de una facultad distinta y de disposición, cual es la determinación, frente a otra persona, de la masa partible: y otra, que con arreglo al artículo 1.057 el causante no podría conferir al comisario una posibilidad de actuar que exceda de la mera facultad de hacer la partición».

sino que son los herederos los que deben otorgar previamente con el viudo la liquidación de la sociedad conyugal.

Nosotros creemos que es más razonable la postura de la Dirección, porque la partición de herencia exige como requisito previo e indispensable la liquidación de la sociedad conyugal, por lo que parece lo normal presumir que la facultad de hacer la partición comprende también la «partición» de la sociedad conyugal, siempre que intervenga el viudo.

Además, la remisión del artículo 1.428 del Código civil a las normas de la partición de herencia fomenta la aplicación del artículo 1.057 a la previa liquidación de la sociedad conyugal en cuanto a que sea parte en ella el contador como mandatario del testador y como operación previa e indispensable de la estricta partición de herencia.

Pero vamos a suponer que tuviera razón LACRUZ y que los otorgantes o funcionario autorizante se hubieran dejado influir por las objeciones que señala dicho autor, haciendo intervenir a todos los herederos para la previa liquidación de la sociedad conyugal. Aunque la escritura comprenda conjuntamente esa operación previa y la partición de herencia realizada por contador *a posteriori*, esta última no es partición conjunta, siempre que conste en la escritura que los herederos sólo intervienen para aquella liquidación previa y que el contador otorga unilateralmente las operaciones de partición de herencia. Desde la perspectiva en que hipotéticamente nos situamos, es interesante dejar claro que la partición de herencia del contador no ha sido otorgada en forma conjunta, porque bien podría suceder que el padre y el hijo no tuvieran intereses contrapuestos para la liquidación previa de la sociedad conyugal y, en cambio, existiera incompatibilidad de intereses para la partición de la herencia, por ser ambos herederos. En tal caso, si decimos que la partición de herencia la otorga exclusivamente el contador, no habrá necesidad de nombrar defensor judicial al menor, sino que podrá comparecer el padre por sí y en representación del hijo (con intereses concordantes en ese aspecto) para la liquidación previa de la sociedad conyugal. Claro que también podría suceder que el padre tuviera intereses contrapuestos con el hijo en la liquidación de la sociedad conyugal, por ejemplo, si el padre es el cónyuge viudo de la causante.

No obstante, insistimos en que somos partidarios de la postura de la Dirección General, que hace innecesaria tal intervención de los herederos.

b) El segundo supuesto es el de intervención conjunta de la viuda y del contador, sin precisar si aquélla lo hace al único efecto de liquidar la sociedad conyugal o también como heredera para realizar junto con el contador las operaciones de partición de herencia. Lo más correcto, para

evitar dudas, es que se exprese en la escritura que la viuda sólo interviene para la liquidación de la sociedad conyugal y, a lo sumo, para aceptar la herencia (en cuanto a la cuota usufructuaria o la que se le haya deferido en el testamento) y que el contador es el único que ha realizado, de modo unilateral, las operaciones de partición de herencia, una vez liquidada previamente la sociedad conyugal. Si no se hizo tal precisión será conveniente que en documento posterior (que bien puede ser la sencilla y cómoda instancia del artículo 110 del Reglamento Hipotecario) se aclare tal intervención, pues en otro caso podría plantearse un caso de partición conjunta, con todas sus consecuencias. Sin embargo, esta necesidad de precisión no parece preocuparle a la resolución de la Dirección de 5 de octubre de 1900 (caso del Registro de Avila), que ante un supuesto de partición realizada por tres contadores solidarios, uno de los cuales era la viuda, dijo lo siguiente en el «Considerando» segundo:

«Considerando que si bien la viuda del testador debió abstenerse de practicar las operaciones de inventario y partición, por su carácter de partícipe en la herencia, con arreglo al citado artículo 1.057, semejante intervención no sólo no es motivo de nulidad de tales operaciones, puesto que éstas han sido practicadas también por los otros dos albaceas partidores, los cuales estaban facultados para ejecutarlas por sí solos, en virtud de haber sido nombrados *in solidum*, sino que viene a subsanar la falta de citación de la viuda para las referidas operaciones que el Registrador ha notado en su informe, toda vez que dicha intervención implica necesariamente el trámite previo de la citación».

Nosotros consideramos algo desenfocada la perspectiva de esta resolución, pues no se trata de deducir la «nulidad de las operaciones», sino la calificación de la partición como conjunta de dos contadores y un heredero (la viuda), calificación que lleva consigo la necesidad de intervención de los restantes herederos, conforme a la jurisprudencia de la propia Dirección, citada más arriba al tratar de la partición conjunta. Y vistas las cosas desde la perspectiva de la partición conjunta, aunque no ponemos en duda que «dicha intervención implica necesariamente el trámite de intervención en el inventario» (pues intervino en todas las operaciones), lo que habría que recalcar es que no interesa en esa partición conjunta el problema de la citación al inventario, sino la intervención de los demás herederos en las operaciones, ratificando la partición.

Precisamente para evitar este resultado, consideramos conveniente precisar bien el carácter de la intervención del cónyuge viudo, y si no aparece bien precisada, creemos oportuno que pueda aclararlo posteriormente por el indicado sistema de la instancia del artículo 110 del Reglamento Hipo-

tecario, que no producirá ninguna distorsión en la práctica y dejará las cosas bien claras.

7. PARTICIÓN SIMULTÁNEA DE DOS HERENCIAS CON CONTADOR
NOMBRADO SÓLO POR UNO DE LOS TESTADORES E INTERVINIENDO
LOS HEREDEROS SÓLO PARA LA PARTICIÓN DE LA OTRA HERENCIA

Ya hemos aludido a este supuesto al tratar de la partición conjunta, no considerándola como tal, siempre que en la escritura consten con claridad las respectivas intervenciones separadas de los herederos en relación con la partición de una de las herencias y del contador otorgando exclusiva y unilateralmente la partición de la otra herencia para la que fue nombrado. Así lo admite la ya estudiada resolución de 26 de marzo de 1952 (Registro de Marchena). No obstante, si se producen adjudicaciones *in totum revolutum* ya no es tan clara la intervención exclusiva del contador en la partición de la herencia para la que fue nombrado, y por eso, al estudiar con anterioridad ese supuesto, dijimos que era un caso de partición conjunta.

XVI. LA ACTUACION DEL NOTARIO Y DEL REGISTRADOR
ANTE LA INTERVENCION CONJUNTA DE CONTADOR
Y HEREDEROS EN LA ESCRITURA

A modo de sugerencias, y sin tratar de sentar doctrina, sino sometiéndolas a la crítica y juicio del respectivo funcionario, se nos ocurre lo siguiente a propósito de la actuación del Notario y del Registrador en las diferentes clases de partición estudiadas en el presente trabajo. Ello puede servir, al mismo tiempo, de resumen del mismo.

1. LA ACTUACIÓN DEL NOTARIO

a) En primer lugar, creemos que el Notario debe tener en cuenta las tres fórmulas posibles de intervención conjunta de contador y herederos en la escritura: partición conjunta de contador y herederos, partición de contador con aprobación de los herederos y partición de contador con intervención de los herederos a otros efectos distintos de los particionales. El Notario debe reconocer la viabilidad de esas tres fórmulas, y, en el supuesto de que se le pida orientación por el interesado, deberá elegir la fórmula más aconsejable teniendo en cuenta la realidad de lo otorgado y, *a ser posible*, la menor complicación en cuanto a trámites y requisitos.

b) Respecto a la fórmula de la partición conjunta, parece conveniente insistir en que no es una figura *contra legem*, sino que es perfectamente admisible. En varios supuestos (indicados al principio) será la única fórmula adecuada. En otros casos, la acumulación de requisitos que lleva consigo propenderá a rehuirla si existen menores o incapacitados. En todo caso, si se trata de protocolización de cuaderno particional privado en que conste de modo terminante la existencia de partición conjunta, no cabe ya tratar de transformarla en la escritura de protocolización diciendo que en realidad fue partición de contador con intervención de los herederos a otros efectos, pues el cuaderno resulta terminante y no se puede ir contra los propios actos, sobre todo teniendo en cuenta que la partición conjunta no es irregular en sí misma, por lo que no procede tratar de subsanarla cuando consta ya realizada de ese modo conjunto. En cambio, si se pretende protocolizar un cuaderno particional firmado exclusivamente por el contador con extralimitación de sus facultades, es conveniente que se produzca la correspondiente subsanación en la escritura de aprobación y protocolización, a base de la intervención de los herederos convalidando la actuación del comisario.

c) En cuanto a la fórmula notarial de la «aprobación de los herederos», ha de tener presente los distintos significados según los casos. Debe prescindir de la calificación de la partición como realizada exclusivamente por contador con simple aprobación de los herederos, cuando del conjunto de las operaciones realizadas resulta que todas o algunas de ellas fueron realizadas también por los herederos. Ya hemos visto algún caso de jurisprudencia registral en que había cierta contradicción entre lo que decían las cláusulas (partición exclusiva de contador con simple aprobación de los herederos) y lo que resultaba de la exposición o antecedentes (partición conjunta de contador y herederos). Pero si del documento resulta que el contador es el único que ha realizado todas las operaciones, no existe ningún obstáculo para que en las estipulaciones o cláusulas se exprese que es el contador el que ha realizado de modo unilateral las operaciones particionales, limitándose los herederos a aprobarla. Si el contador no se extralimitó y procedió unilateralmente, esa aprobación de los herederos no da lugar a partición conjunta, lo cual puede tener ventajas para los interesados, pues si existen menores no hay necesidad de acudir al trámite de la aprobación judicial, que resultaría totalmente innecesario en ese caso, y en cambio, ineludible si la partición es conjunta y los menores no están representados por los padres.

Recordemos también el significado de la aprobación de los herederos de la partición realizada por contador incapaz o inhábil o fuera de plazo: es una verdadera ratificación, perfectamente admisible como modo de sub-

sanar la actuación del supuesto contador. Respecto a la actuación extemporánea del contador (fuera de plazo) parece que la aprobación de los herederos no significa prórroga tácita, sino simple ratificación de lo realizado por el comisario. Ello puede tener consecuencias prácticas, pues no procederá la aprobación de la mayoría de los herederos (como cabe en la prórroga en ciertos casos), sino de todos ellos (art. 1.058); además, la aprobación de los herederos de la actuación del comisario fuera de plazo impide la aplicación de la normativa de contador que prevé el artículo 1.057, pues el supuesto hace tránsito hacia la partición de herederos. No obstante, hemos visto que la postura de la Dirección es considerar la aprobación de los herederos de la partición extemporánea del contador como un supuesto de prórroga tácita; pero también señalamos en el epígrafe correspondiente la crítica de esta postura.

d) En cuanto al tercer supuesto de partición exclusiva de contador con intervención de los herederos en la escritura a otros efectos, aquí la función del Notario es también importante, para dar claridad a las actuaciones de cada interesado, separando con precisión el carácter de la intervención del contador y de los herederos, para evitar que puedan producirse dudas sobre la clase de partición realizada, en el momento de la calificación registral. La precisión y claridad de intervenciones es más importante, si cabe, en los supuestos de partición simultánea de varias herencias con contador sólo respecto a una de ellas, y de liquidación de sociedad conyugal previa a la partición de herencia.

2. LA ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR

a) Paralelamente a lo que hemos dicho en relación con el Notario, aunque con la distinta perspectiva que impone la diferencia de funciones, el Registrador de la Propiedad ha de tener en cuenta las tres figuras estudiadas: la partición conjunta, la partición de contador con aprobación de los herederos y la partición de contador con intervención de los herederos a otros efectos. Esta distinción de figuras le interesa al Registrador en dos aspectos o perspectivas: desde la perspectiva de la calificación registral, tanto en su modalidad de «calificación-control» como en la modalidad de «calificación-creación» (58); y desde la perspectiva del acto ulterior de la inscripción, es decir, de la redacción del asiento correspondiente. Iremos señalando estos aspectos a continuación, al examinar cada una de esas figuras de partición.

(58) Insiste en este aspecto, que nosotros hemos llamado «calificación-creación», la Resolución de 26 de octubre de 1973 y JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ en «Problemas de calificación...», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, febrero de 1976, número 110, pág. 83.

b) En cuanto a la partición conjunta de contador y herederos, creemos que el Registrador debe olvidarse de la resolución de 15 de julio de 1943 (Registro de Santa Fe), por estar totalmente superada por otras muchas, y en consecuencia nunca debe denegar ni suspender la inscripción por *el mero hecho* de haber sido otorgada conjuntamente la partición por el contador y los herederos.

Pero, aun partiendo de la validez o viabilidad de la partición conjunta, ésta interesa mucho para la calificación registral, y por eso el Registrador debe conocerla bien.

En primer lugar, respecto a la «calificación-control», la partición conjunta no es en sí misma un defecto que impida la inscripción, pero la previa calificación de la misma como tal puede dar lugar a que se detecten defectos que impidan la inscripción, como consecuencia de no haberse cumplido los requisitos que exige la partición conjunta, a diferencia de la partición de contador. Por tanto, el Registrador controlará el acceso al Registro de la partición conjunta, comprobando si se han cumplido o no los requisitos que la misma exige (unanimidad de los herederos, capacidad del contador y de los herederos, requisitos de defensor judicial y aprobación judicial en supuestos de menores, aprobación del Consejo de Familia en su caso, requisitos especiales en supuestos de ausentes, problemas de calificación de la interpretación del testamento, problemática de la citación al inventario). Si, como consecuencia de esta «calificación-control», se declara no inscribible la partición y se solicita la redacción de la correspondiente nota calificadora al pie del documento, ha de tenerse en cuenta que no ha de señalarse como defecto el otorgamiento de la partición en forma conjunta—lo reiteramos una vez más, para evitar que se vuelva a producir una nota como la del caso de la resolución de 15 de julio de 1943—, sino la falta de los requisitos que resulten de haber calificado previamente la partición como conjunta. Si es que se quiere hacer constar en la nota esa calificación de la partición como conjunta, ha de aparecer como fundamento de los defectos que a continuación se señalen, tal como se hizo en la nota del caso de la resolución de 27 de febrero de 1922. En ocasiones esta constancia en la nota de la calificación de la partición como conjunta será muy interesante si se creyese conveniente redactarla en forma alternativa, teniendo en cuenta que, aunque se resolviese que no era partición conjunta, existirían también otros defectos; esta forma alternativa aparece en la nota del caso de la resolución de 26 de marzo de 1952.

En segundo lugar, respecto a la «calificación-creación», ésta puede darse en la práctica antes del otorgamiento del documento, con ocasión de la consulta que se hace al Registrador sobre el problema, y *a poste-*

riori, si en lugar de pretender el recurso gubernativo se pide orientación a dicho funcionario acerca de la forma de resolver el asunto. Desde esta perspectiva de la «función creadora» del Registrador, en uno y otro momento, también interesa conocer la figura de la partición conjunta, pues puede ser la única forma de resolver ciertos casos. Así, cuando el contador se ha extralimitado de sus facultades, o cuando se pretende subsanar la preterición del testamento sin tramitar la declaración de herederos o cuando se intentan adjudicaciones *in totum revolutum* en aquellos supuestos en que la mezcla o confusión de títulos sea inofensiva, etc.

En tercer lugar, la necesidad de conocer la partición conjunta se manifiesta también en el momento de redactar el asiento. El Registrador tendrá en cuenta la multiplicidad de formas de partición conjunta que antes hemos recogido, y procurará que quede reflejada en la inscripción la conjunción de actuaciones de contador y herederos. Al mismo tiempo atenderá a los términos empleados en la escritura. Ahora bien, como pudiera suceder que del examen conjunto del documento aparecieran algunas declaraciones que implican partición conjunta y otras que no, ha de tener en cuenta lo que dijimos al tratar de los elementos de caracterización de la partición conjunta, utilizando los principios de interpretación *sistemática* e *intrínseca*. Si llega al convencimiento de que la partición es conjunta, a pesar de lo que se dice en las cláusulas finales, recogerá en la inscripción aquellas declaraciones de los herederos contenidas en los antecedentes o exposición o incluso en el propio cuaderno que se protocoliza, que sean expresivas en ese punto. Esto dará lugar a la especialidad en relación con la redacción de los asientos de inscripción de herencias de que no sólo habrán de reseñarse las adjudicaciones realizadas y las estipulaciones o cláusulas finales, sino también los extremos pertinentes de las restantes operaciones que sean de interés a los efectos indicados. En estos casos deberá superarse la redacción del modelo correspondiente de inscripción, para extender el más conforme con la realidad de lo otorgado en el documento.

c) En cuanto a la partición de contador con aprobación de los herederos, también ha de conocer bien el significado de esta aprobación en cada caso concreto. Hemos visto que hay casos en que la aprobación encubre una verdadera partición conjunta. La calificación-control desvelará esa especie de encubrimiento y exigirá el cumplimiento de los requisitos de la partición conjunta, cuya figura se encubre. La calificación-creación indicará la forma de subsanar los defectos padecidos.

Se plantea el problema de si es inscribible la escritura que dice que el contador es el único que ha realizado las operaciones y que los herederos se limitan a aprobar la partición de aquél, si de otras declaraciones del documento o del cuaderno privado protocolizado resulta que no ha

sido así, sino que la partición ha sido conjuntamente realizada. Creemos que lo único que procede en este caso es calificar la partición como conjunta para comprobar si se han cumplido o no los requisitos de la misma. Pero si se han cumplido dichos requisitos estimamos que no importa, a efectos de inscripción, que exista esa especie de contradicción de términos dentro del documento, pues dicha contradicción no da lugar a la nulidad de la partición, sino a un problema de interpretación que, en principio, puede resolverse en uno u otro sentido, y si el Registrador resuelve en el sentido de que la partición es conjunta y se han cumplido los requisitos de ésta, no hay ningún defecto, sino que ha aclarado, a efectos de inscripción, en virtud de sus facultades interpretativas, los términos del documento.

En cuanto a la redacción del asiento, se recogerá en él la declaración relativa a quién es el que ha realizado las operaciones particionales y la referencia a la aprobación de los herederos. En el caso de que esta aprobación encubra o implica partición conjunta, recogerá los términos de la escritura, pero procurará que consten en la inscripción aquellos otros términos que implican esa modalidad de partición conjunta, aunque se encuentren en la parte «expositiva» o de «antecedentes».

Un aspecto interesante de las particiones de contador con aprobación de los herederos, cuando son propiamente tales y no particiones conjuntas, es que cabe una calificación separada e independiente de los dos actos que se realizan: el acto de partición y el de aprobación de la partición. Con la consecuencia, a diferencia de las declaraciones en la partición conjunta, que puede ser inscribible la partición (realizada válidamente por el contador) y no serlo la aprobación (por existir defecto de capacidad, por ejemplo, en el que la declara). En estos casos, se podrá dar la particularidad de que conste inscrita la partición y no la aprobación, al igual que ocurre cuando la partición ha sido otorgada exclusivamente por el contador sin intervención en la escritura de ningún heredero. Claro que en este supuesto de inscripción parcial debe darse cumplimiento previamente a lo dispuesto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, con objeto de que conste la conformidad del presentante respecto a esa inscripción parcial del documento.

d) En cuanto a la partición realizada exclusivamente por el contador con intervención de los herederos a otros efectos, como son todos los casos examinados en el epígrafe XV, el Registrador ejercerá la «calificación-control» para comprobar si realmente son casos de partición exclusiva de contador o, si por el contrario, los herederos intervienen también a efectos de dejar su huella en alguna de las operaciones particionales. Y hará esta comprobación para detectar, en su caso, si se han cumplido

o no los requisitos correspondientes a una u otra clase de partición. El aspecto de «calificación-creación» lo ejercerá en el sentido de fomentar la claridad en el otorgamiento del documento particional, para que queden bien separadas y definidas las intervenciones de los firmantes de la escritura.

Respecto a la posibilidad de permitir la instancia subsanatoria del artículo 110 del Reglamento Hipotecario para precisar o aclarar la indeterminación de intervenciones de los firmantes en el documento, creemos que puede permitirlo, siempre que ello no suponga ir contra los propios actos de los herederos. Por ejemplo, si en el documento privado de partición, que luego se protocoliza, consta de forma clara y terminante que el contador y los herederos han realizado la partición de modo conjunto, no cabe tratar de «aclarar» (más bien contradecir) lo que resulta clarísimo del propio documento, es decir, la realización conjunta de la partición.

También en estos supuestos de intervención de los herederos a otros efectos interesa tener en cuenta la posibilidad de calificación separada e independiente de los distintos actos jurídicos contenidos en la escritura, lo que puede dar lugar a la inscripción de la partición y a la no inscripción de los actos de aceptación de herencia, por ejemplo.

En cuanto a la fase de redacción del asiento, si es que procede inscribir la totalidad de los actos, se expresarán en la inscripción con la debida separación la realización de la partición por el contador y los demás actos realizados por los herederos.

Priego de Córdoba, 23 de abril de 1976.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad