

Partición por Comisario ⁽¹⁾

(CONCLUSIÓN)

ABREVIATURAS.—R.=Resolución. G.=Gaceta. Alc.=Alcubilla. C. c.=Código civil.—S.=Sentencia. T. S.=Tribunal Supremo. R. de la P.=Registro de la Propiedad.

ARTICULO 1.057 DEL CODIGO CIVIL

d) Para establecer en la partición, sin necesidad de la aprobación de los herederos, ya la reducción de un legado, ya que ciertos bienes no tienen carácter colacionable o ya que determinados herederos o legatarios quedan sujetos al cumplimiento de determinadas cargas y obligaciones, en los tres casos conforme a lo ordenado en el testamento.

Los razonamientos para excluir en tales supuestos la necesidad de la aprobación de los herederos, son bien obvios; de una parte, y en el orden de los principios, porque exigir un pacto o contrato para perfeccionar todas las operaciones particionales en las que se contengan tales declaraciones, equivaldría a inutilizar o desvirtuar el art. 1.057, y aun en la mayoría de los supuestos el art. 1.056, contra el espíritu y la letra de tales disposiciones y contra el régimen tradicional de nuestra legislación. De otra parte, porque la íntima relación existente entre la colación de bienes y las operaciones particionales, demostrada no sólo por la estructura y contenido de las mismas, sino también por la agrupación de ambos conceptos bajo el mismo capítulo del C. c., de igual modo que el indiscutible carácter particional de la fijación de legítimas y reducción de legados sitúan las atribuciones de que se trata dentro de las del Comisario, y no permite requerir el consentimiento de los herederos sin acabar con la forma unilateral de las particiones de referen-

(1) Vid. número 146 de esta REVISTA.

cia, introduciendo en los instrumentos notariales correspondientes una serie de relaciones jurídicas y de supuestos extraños a las declaraciones de la persona a quien el testador ha confiado la misión de explicar, fijar y ejecutar su última voluntad. Y, en fin, la posibilidad de que a las adquisiciones hereditarias vayan unidas cargas y obligaciones de los herederos o legatarios, es tan natural y tan congruente con el mecanismo de la transmisión *mortis causa*, que la consignación de las mismas por el Comisario en la partición es el cumplimiento de la voluntad del causante, sin que valga objetar que nadie puede ser obligado por la declaración del Comisario, toda vez que el heredero o sus representantes pueden repudiar la herencia, y sólo por el vínculo de la *adictio* asumen las responsabilidades hereditarias (R. 9 marzo 1927, G. 6 mayo; Alc., pág. 951).

Practicada la partición por Comisario, y la viuda existiendo hijos menores y habiéndose adjudicado al cónyuge supérstite todo el caudal relicto para pago de sus aportaciones, no es necesario para inscribirlas autorización judicial, porque dicho acto no envuelve enajenación de bienes de menores (R. 22 julio 1912, G. 31 agosto; Alc., pág. 495).

Pago de deudas.—Como quiera que para que haya herencia es necesario (R. 11 septiembre 1907, G. 10 octubre; Alc., pág. 592) satisfacer previamente las obligaciones de la misma, ¿podrá el Comisario partidor formar por sí solo hijuela de deudas y adjudicar bienes *en pago o para pago de ellas*?

La solución a este problema es compleja, pues para ello se enlazan dos cuestiones, a saber: las facultades que el testador haya asignado al Comisario, con la distinta naturaleza jurídica de dichas adjudicaciones según se hagan *en pago o para pago de deudas*.

Si el testador ha autorizado expresamente al Comisario para proveer al pago de deudas de aquél, tendrá éste a dicho respecto las facultades que el primero le haya conferido. En este supuesto, si el causante dijere, verbigracia, que autoriza al Comisario *para pagar deudas* y gastos legítimos, puede válidamente el Comisario, sin necesitar el consentimiento expreso de los herederos, adjudicar al cónyuge supérstite bienes, aun los de la privativa pertenencia del causante, para pago de deudas de la testamentaria y gastos de partición (R. 11 septiembre 1907).

Una modalidad especial del caso en el cual el testador haya autorizado al Comisario para enajenar bienes, es aquel en que éste realice la enajenación por sí solo existiendo herederos forzosos, en cuyo caso

se entiende que el dominio pasa desde el testador al comprador; no se necesita la previa inscripción a favor del Comisario enajenante, pero sí acreditar el consentimiento de los herederos forzosos para dicha enajenación (R. 30 abril 1917, G. 18 junio; Alc., pág. 397). Es esto así por ser de aplicación a los Comisarios testamentarios, dada la analogía de este cargo con el de Albacea, lo dispuesto para éstos en el párrafo 7.º del art. 20 de la Ley Hipotecaria, que contiene la excepción primera al principio general de la previa inscripción, consagrado en el párrafo 1.º de dicho artículo, analogía que tanto el T. S. (Sentencias de 24 febrero 1905, 14 enero 1913, 22 febrero 1929, 16 octubre 1930, Alc., 1932, pág. 766, y 5 febrero 1908, G. 16 marzo 1909, Alc., página 300) como la Dirección General de los Registros (Rs. 12 julio 1917, G. 1 septiembre; Alc., pág. 384) han proclamado. más expresivamente la citada Sentencia de 5 febrero 1908, diciendo que el cargo de Contador Partidor no constituye función esencialmente diferente de la de los Albaceas, ni se distingue más que por la especialidad del trabajo que se le encomienda, como puede distinguirse entre los Albaceas mismos por las limitaciones con que unos u otros sean nombrados, así como, por la inversa, se les confiere a veces conjuntamente aquel encargo, sin que por ello se altere ni modifique el verdadero y único carácter que le presta la confianza del testador para el fin, más extenso o restricto, del cumplimiento de su voluntad, por lo cual son aplicables a los Contadores Partidores, como a los Albaceas, las mismas reglas de funcionamiento por su igual carácter y representación y por concurrir idéntica razón legal para su aplicación, máxime, como añade la indicada Sentencia de 22 febrero 1829, dada la omisión en el C. c. de normas que regulen la institución de los Contadores Partidores de bienes, no obstante su antigüedad y lo necesario de su existencia. Mas en el caso, distinto al que precede, de que el testador nada haya establecido sobre facultades del Comisario para atender al pago de deudas, entendemos se halla facultado para formar la hijuela de éstas, en razón, según dijimos, con la jurisprudencia, a que para que haya herencia que distribuir es necesario satisfacer previamente las obligaciones del causante.

Ahora bien: sobre el valor y eficacia jurídica de las adjudicaciones de bienes que a tal fin hiciese el Contador, es necesario distinguir entre las efectuadas a un heredero para pago de deudas, o a un extraño en pago de ellas.

En el primer caso, la adjudicación es acto particional que entra en

las facultades del Comisario, y, de consiguiente, válido e inscribible en el R. de la P., sin necesitar la aprobación de los herederos. En el caso de haberlos de menor edad, y aunque sea el adjudicatario uno de éstos, para pago inclusive de las aportaciones que al matrimonio hubiese hecho su padre o madre supérstite, tampoco es necesario que asista materialmente, para sancionar dicho acto particional, el defensor que, por incompatibilidad de intereses con aquél o ésta, se le hubiera nombrado judicialmente para que en su representación asista al inventario de los bienes de la herencia, conforme a lo prevenido en el art. 1.057 y jurisprudencia que a continuación se cita, ni porque la partición contenga la expresada adjudicación a un menor coheredero, para pago de deudas de la sucesión, es necesaria la aprobación judicial, pues, conforme a la doctrina que anteriormente expusimos, la partición así hecha por el Comisario no significa que la herencia haya sido aceptada por el menor o que el mismo resulte gravado sin haber prestado su representación el consentimiento (R. 6 marzo 1923, G. 5 abril; Alc., página 308).

Conviene saber, a los fines que examinamos, el valor que la jurisprudencia asigna a la admisión, en particiones formalizadas por Contador, de obligaciones meramente confesadas por el causante; ejemplo. la de la dote.

¿Puede el Comisario por sí solo consignar tal obligación en el pasivo inventario y adjudicar bienes para su pago, en particular habiendo menores de edad interesados en la partición? (R. 28 mayo 1924, G. 18 julio; Alc., pág. 916. R. 6 marzo 1923; Alc., pág. 308).

Sabemos que el Comisario ha de ser un cumplidor fiel de las disposiciones testamentarias, y si entre éstas encuentra una deuda u obligación confesada por el causante, en tanto que la función del Contador no es la del Juez, que con anterioridad declara la certeza o falsedad de una declaración contenida en testamento; forzoso le será atenerse a ella e incluirla en la partición como tal obligación a satisfacer, sin perjuicio del derecho de terceros interesados a impugnar la confesión de deuda hecha por el testador y de que los herederos forzosos que crean perjudicada por ello su cuota legitimaria tengan a salvo en principio los respectivos derechos. Nada puede influir en la anterior doctrina que haya interesado en la partición algún menor de edad o sujeto a tutela, pues, como más adelante se verá, en nada afecta al valor y eficacia jurídica de la partición por Comisario la concurrencia de

copartícipes, de menores o tutelados, salvando el requisito de la citación para el inventario, que establece el art. 1.057 del C. c.

Una limitación deberá establecerse a la facultad del Comisario para el caso de admitir y consignar por sí solo determinada obligación como propia del causante. Nos referimos en particular a aquellas que, como las meramente confesadas por éste, puedan parecer de dudosa legitimidad y aceptación; consiste dicha limitación en que el Comisario necesitará la conformidad de los herederos para alterar la aplicación de las normas contenidas en el C. c. para las liquidaciones de herencia, tales las de sus artículos 1.421 a 1.424 y 1.426; a tal tenor, y en el supuesto de admitir como crédito en contra de la sucesión una dote confesada, deberá asignarle para su pago el lugar que le corresponde, conforme al art. 1.344 de dicho texto legal y disposiciones de la ley Hipotecaria (R. 28 mayo 1924, G. 18 julio: Alc., pág. 916).

Del propio modo, tampoco puede el Contador por sí solo alterar las reglas establecidas en el C. c. para pago de las obligaciones de la sociedad conyugal, estableciendo, por ejemplo, que determinados débitos originados en gastos ordinarios de la familia hayan de pagarse con bienes parafernales antes que con los del marido, pues al proceder así el Contador infringe el orden que para satisfacer tal clase de obligaciones de la sociedad conyugal resulta establecido en los artículos 1.408, 1.422, 1.385, párrafo 2.º, y 1.362 del C. c. (R. 22 enero 1927. G. 1 mayo; Alc., pág. 925).

Grupo aparte habíamos formado con el caso en que el Contador Partidor adjudica bienes de la herencia *a un extraño a ella en pago de deudas*. Pues bien: rige en tal supuesto el principio de que, por implicar dicha adjudicación, no un acto particional propiamente enunciado, sino de enajenación, entre otras razones, por cuanto no descansa sobre las facultades declarativas de efectos retroactivos que al Contador competen, sino que provoca efectos transmisivos de nacimiento y alcance diferentes, es necesario para su validez e inscripción en el Registro de la Propiedad el consentimiento o aprobación de los herederos, y si entre éstos los hubiere menores de edad o incapacitados, será necesario cumplir las prescripciones y formalidades legales establecidas para enajenar o gravar los bienes en que unos u otros se hallen interesados (R. 10 enero 1919, G. 23 enero; Alc., pág. 768).

CUARTO. *Que si entre los coherederos hay alguno de menor edad*

o sujeto a tutela, el Comisario inventaría los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.

Esta citación a que se refiere el art. 1.057 del C. c., atendida la importancia que el Código concede al acto del inventario y que realmente tiene para los interesados, ha de hacerse, cuando sean conocidos y consten sus domicilios, a los mismos o a sus representantes legales o apoderados para tal efecto (R. 4 diciembre 1912, G. 15 enero 1913; Alc., ídem, pág. 135). Y si entre los coherederos hay menores de edad y sus padres no pueden representarlos por tener interés personal en la sucesión, se hace indispensable proveer a esos interesados de defensor judicial y dirigir la citación a éste (R. 4 diciembre 1912; 22 julio 1912, G. 31 agosto, Alc., pág. 495; 23 abril 1900, G. 25 mayo, Alc., página 630).

No se puede prescindir de la designación de defensor judicial y citación de éste para la práctica del inventario, si concurre a la sucesión el padre o madre con hijos menores de edad, aunque aquéllos renuncien a la porción de bienes en que fueron instituidos, e incluso a su cuota viudal, ni aunque se hiciera constar que no existían gananciales, pues dicha renuncia no excusa la incompatibilidad nacida del diverso interés que pueda nacer de la inclusión o exclusión de determinados bienes en el inventario (R. 17 julio 1915, G. 26 agosto; Alc., página 483), incompatibilidad de intereses que subsiste, nombramiento de defensor que es necesario, y citación de éste para la práctica del inventario que también precisa, aun en el caso de que el hijo menor sea mero legatario, siendo el padre o madre heredero a la misma sucesión (R. 30 enero 1915, G. 3 marzo; Alc., pág. 483).

A los efectos de preconstituir la prueba de la citación de referencia, es conveniente consignar la forma en que la misma se haya hecho; mas no porque esto se omita adolece la partición de vicio alguno: la aseveración hecha, pues, por el Comisario en los pliegos particionales, de que las oportunas y necesarias citaciones habían tenido lugar, satisface a las exigencias del art. 1.057 del C. c. (R. 30 abril 1917, G. 18 junio; Alc., pág. 397), e igualmente la confesión hecha por el defensor judicial en la escritura autorizada por Notario, de haber sido citado por el Comisario para la formación del inventario de bienes comprendidos en la herencia (R. 7 marzo 1914, G. 14 abril; Alc., pág. 76. R. 6 marzo 1923; Alc., pág. 308).

Pero aquella libertad, que no impone la necesidad de hacer constar

la forma en que la citación se hubiese verificado, bastando, pues, con que se haga constar que ésta tuvo lugar, halla su contrapartida en el caso de que la realidad de dicha citación sea contradicha por quien para ello tenga facultades. Si, no constando de modo fehaciente la citación de éste, negase el interesado haber sido citado, faltaría entonces la justificación de una de las condiciones esenciales para la validez de las operaciones practicadas por el Contador Partidor, en cuyo supuesto, y a los fines de inscripción en el Registro de la Propiedad, quiere decirse que la partición adolecería de un defecto subsanable, ya que los interesados podrían corroborar la afirmación sentada por el Contador mediante documento fehaciente, ya que, en el mismo supuesto, el hecho de la citación no queda desvirtuado en forma que priva de todo valor a las afirmaciones del Contador de haberse llenado dicha formalidad (R. 18 agosto 1909, G. 10 noviembre; Alc., pág. 825).

Plazo dentro del cual deben los Contadores Partidores cumplir su cometido.—La analogía existente entre los cargos de Albacea y Contador Partidor, a pesar de ser distinta en su especialidad, obliga a suplir por los preceptos del C. c. referentes a los primeros la reglamentación de los segundos (Sentencias T. S. 22 febrero 1929, G. 15 y 16 octubre 1930, Alc., 1932, pág. 766, y 3 diciembre 1931, G. 17 agosto 1934, Alc., pág. 1173).

En su consecuencia, es el de Comisario Partidor cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los términos que respectivamente señala el art. 898 del C. c., pudiendo servir la circunstancia de haber tenido el Contador designado, con el causante, y tener con los herederos de éste, estrechas relaciones, para inferir que, en defecto de documento mediante el cual aceptase aquél el cargo, tuvo conocimiento de su designación en fecha muy próxima a la en que falleció el instituyente (S. T. S. 22 febrero de 1929).

Los Contadores Partidores deberán cumplir su encargo, ante todo, dentro del término que les hubiere señalado el testador, como supremo legislador en esa materia, ya que el testamento, como declara constante y reiterada jurisprudencia, es la primera y más esencial ley en lo relativo a la sucesión testamentaria.

En defecto de determinación por el testador, tendrán el de un año que para los Albaceas señala el art. 904 del C. c., pues el silencio del artículo 1.057 en el particular no puede argüir en modo alguno pró-

pósito en el legislador de que el Contador nombrado pueda a su arbitrio prolongar indefinidamente la partición de la herencia, obligando a los interesados a perpetua o prolongada indivisión, teniendo sin determinar sus respectivos derechos (R. 13 noviembre 1903, G. 24 noviembre; Alc., pág. 769). Plazo que se contará de igual modo, que para los Albaceas, o sea desde su aceptación por el Comisario o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones, sin que sea factible dar interpretación extensiva a este segundo extremo del citado art. 904, porque el legislador, al limitar acertadamente la naturaleza de los litigios a la validez o nulidad de todo o parte del testamento, procedió en méritos a que faltando la base firme, cual el testamento, no puede establecerse sólidamente la división, porque, de lo contrario, se correría el riesgo inminente de que quedara ésta ineficaz al ser declarada la nulidad o subsistencia de todo el testamento o de alguna de sus cláusulas, y así, limitado el alcance de este repetido art. 904, por ninguna otra causa podrá entenderse suspendido el plazo de la contaduría-partición, y en aplicación de este principio, no porque el testador disponga, verbi-gracia, que ante todo se paguen las deudas que resulten contra el caudal hereditario, podrá entenderse en suspenso el comienzo del plazo para que el Comisario realice su cometido, pues una expresión como aquella empleada por el testador no debe interpretarse de otro modo que como indicación de que se liquidara el caudal cuanto antes o primordialmente, para evitar a sus herederos tener que adjudicarse bienes gravados con deudas del testador (R. 22 febrero 1929).

Transcurrido el plazo señalado por el testador, o, en su defecto, por la ley, para que el Comisario cumpla su encargo, se entiende existir por parte de éste renuncia tácita al desempeño de su cometido, correspondiendo desde entonces a los herederos la facultad de hacer la partición, con arreglo a lo dispuesto en el art. 911 del C. c., aplicable también, por analogía, a los Contadores Partidores (R. 13 noviembre 1903).

La analogía que hemos notado entre ambos cargos Albacea y Contador Partidor es más trascendental, positivamente, de lo que a primera vista pudiera parecer, y así, nombrada por el testador la misma persona para aquellos dos cometidos, la prórroga del plazo que expresamente hubiese concedido para el albaceazgo se entiende otorgada también para la contaduría-partición, *aunque la designación para ambos*

cargos no se halle comprendida en la misma cláusula del testamento (S. T. S. 3 diciembre 1931).

No obstante la analogía entre ambos cargos de Albacea y Contador Partidor, ha de entenderse que no es extensiva a quien, habiendo sido nombrado por el testador para desempeñar uno y otro cargo, sin renunciar aquél, se abstuvo de desempeñar éste, las sanciones estatuidas por el art. 900 del C. c. para los Albaceas caso de no aceptar o renunciar sin justa causa el cargo para el que se les nombró (S. 23 octubre 1923, G. 6 febrero 1924; Alc., pág. 851).

Eficacia jurídica de la partición realizada por Comisario.—Es doctrina derivada de lo dispuesto en los artículos 1.056 y 1.057 del Código civil (Rs. 12 noviembre 1895 y 22 enero 1898) que la partición así efectuada es desde luego un acto válido, cuya validez se funda en las citadas disposiciones legales que lo autorizan, y no en el consentimiento de los interesados, pues si hubiera de requerirse éste holgaría la frase *se pasara por ella* que emplea el 1.056, y resultaría al fin ilusoria aquella facultad, ya que entonces no sería el testador o el Comisario quienes hicieran la partición, sino los propios herederos, que a tanto equivaldría el necesario requisito de su previa conformidad (R. 11 septiembre 1907, G. 10 octubre; Alc., 907, pág. 592. R. 29 enero 1908, G. 9 febrero; Alc., pág. 128), y que debe, como tal, producir sus consecuencias en el Registro de la Propiedad, sin necesidad de dicho consentimiento, ni de la aprobación judicial, en el caso de que haya interesados menores de edad o sujetos a tutela (R. 7 marzo 1914, G. 14 abril; Alc., pág. 76), (R. 2 agosto 1909, G. 21 octubre; Alc., pág. 825. R. 26 agosto 1909, G. 13 noviembre; Alc., pág. 825), sin perjuicio de que deba el Comisario inventariar los bienes de la herencia en la forma y con los requisitos que para este caso prevé el repetido art. 1.057.

La partición por Comisario crea un estado de derecho, en fin, nacido del cumplimiento dado por el mismo a la voluntad del testador, que subsiste mientras no se lleve a los Tribunales directamente y en debida forma la cuestión de la recta o desacertada interpretación del testamento (R. 4 diciembre 1905, 12 diciembre 1912, G. 23 abril; Alc., página 399. 30 enero 1915, G. 3 marzo; Alc., pág. 483. 29 marzo 1917, G. 11 julio; Alc., pág. 397. Y S. T. S. 12 diciembre 1906).

La obligación resultante para los interesados en la herencia de estar y pasar por lo que los Contadores practiquen, está limitada al supuesto de que los Contadores hayan cumplido con lo ordenado por el testa-

dor, ya que lo contrario sería anular la voluntad del mismo, y aun equivaldría a dejar la formación del testamento al arbitrio de terceros, lo cual prohíbe el art. 670 del C. c. (S. T. §. 23 noviembre 1899, G. 31 mayo 1900; Alc., pág. 854).

La partición hecha por el Comisario Partidor crea, pues, un estado de derecho que es preceptivo para los interesados, en cuanto aquél haya procedido conforme al testamento y tampoco haya faltado a la ley; recordemos las legítimas, estado de derecho vigente mientras no se justifique y declare judicialmente su ineficacia, esto es, se acuerde por los Tribunales su rescisión. Reuniéndose tales requisitos, la partición de la herencia formalizada por Contador Partidor, vale, independientemente de la aceptación de la herencia y no prejuzga la existencia de esta última condición o momento esencial de la adquisición *mortis causa* (R. 22 enero 1898; 6 marzo 1923, G. 5 abril; Alc., pág. 308).

ELOY ESCOBAR DE LA RIVA.

Notario de Barcelona.