

Partición por Comisario

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.

ART. 1.057.

De la naturaleza jurídica de la partición hecha por Comisario.—De la aceptación de la herencia con relación a ella, y forma de acreditarla en estas particiones.

Es desde luego, la partición hereditaria formalizada por Comisario nombrado con arreglo al artículo 1.057 de nuestro Código Civil, un acto jurídico que por su carácter unilateral se aproxima al testamento, tanto por los precedentes que en el derecho patrio pueden encontrarse sobre sus íntimas conexiones como por la redacción paralela de dicho artículo y su anterior, el 1.056 (R. 12 diciembre 1927; G. 16 enero 1928; Alc. 1928, pág. 964). (R. 6 marzo 1930; G. 12 ídem, página 1.626; Alc. 1930, pág. 809.)

En cuanto acto de dicha naturaleza, no necesita el Comisario para cumplir su encargo de la venia o consentimiento de los herederos, ni de su aprobación a la partición por él formalizada, ni de la intervención de ellos aun cuando sean herederos forzosos (R. 7 mayo 1910; G. 24 septiembre; Alc. pág. 553) en la práctica de las operaciones que hayan de conducirlo como resultado final a la realización de su cometido, salva la presencia que deberá mediar, del cónyuge supérstite para la liquidación de la sociedad conyugal que tuviere contraída el causante, y la citación que para la práctica del inventario habrá de hacer el Partidor a los coherederos, acreedores y legatarios en el supuesto previsto por el mismo

artículo de existir entre los primeros alguno de menor edad o sujeto a tutela.

Aparte ambos casos, de los que más adelante nos ocupamos ha de ser la actuación del Contador Partidor testamentario, rigurosamente unipersonal, pues como oportunamente se verá, puede la ingerencia de los herederos en cualquiera de los momentos u operaciones constitutivas o integrantes de la partición por Comisario, arrancar a ésta del supuesto contenido en el artículo que estudiamos llevándole al previsto en el 1.058 del mismo texto legal.

La necesidad de que los herederos queden excluidos de la práctica de las operaciones que formalizase el Contador, para que pueda decirse han sido hechas conforme al mentado artículo 1.057, delinea por último, y concluye a nuestro juicio la figura unilateral de la partición de referencia, con cuyo carácter trasciende al Registro de la Propiedad y es posible su inscripción al amparo del principio del consentimiento formal (1) de los interesados en la herencia que hace innecesario para que tal inscripción se produzca, la aceptación de la herencia por entender es ésta, una *condictio juris*, es decir, un requisito que no se refiere a la perfección del acto jurídico—partición—sino a su efectividad o desenvolvimiento (R. 6 marzo 1930), cuya tesis había anticipado ya el mismo Centro (R. 12 diciembre 1927; G. 16 enero 1928; Alc. 1928, pág. 964) al permitir la inscripción de las operaciones particionales no obstante la falta de dicha aceptación como si este ineludible requisito se entendiera asimilado a una condición suspensiva, analogía que aunque parezca discutible encuentra su apoyo en el principio que permite la inscripción de bienes o derechos a favor de personas que no han consentido de un modo explícito la adquisición. Se presume este consentimiento o aceptación al inscribirlas, que más tarde será acreditada bien de un modo explícito por la manifestación de los adquirentes, bien de una manera implícita por los gravámenes o transmisiones que después se impongan o realicen (R. de 12 diciembre 1927; Alc. 1928, pág. 965). De ahí, la facultad que a todo coheredero reconoce nuestra Jurisprudencia (R. 23 noviembre 1899; G. 31 mayo 1900; Alc. 1900, pág. 854) (2) para impugnar la partición que haya practicado, si éste con perjuicio del impugnante

(1) Nussbaum: *Tratado de Derecho hipotecario alemán*, págs. 21, 25 y sigs.

(2) En este caso deberá tenerse en cuenta, si mediasen terceros hipotecarios, lo dispuesto en los artículos 23, párrafos 2.º y 3.º; 33, 34, 36 y 37 de la Ley Hipotecaria.

hubiera infringido las disposiciones del testamento o los mandatos de la Ley. De tales modos se combina, con la más perfecta armonía, hasta en sus últimos desenvolvimientos el ejercicio por los testadores de la facultad de encomendar a persona de su confianza la facultad de hacer la partición de su herencia, con el derecho legítimo de los herederos.

Requisitos que han de cumplirse para que las particiones efectuadas por Comisario se entiendan hechas en la forma y con las facultades que determina este artículo, y en consecuencia deba pasarse por ellas.

PRIMERO. Que la *persona designada* por el testador sea la que realice *por sí y exclusivamente* el encargo que éste le confió.

El respeto debido a la voluntad de éstos así lo exige e impide por tanto que del Contador Partidor designado se haga caso omiso, sustituyéndole por cualquiera otra persona, ni aunque ésta fuese uno o todos los coherederos (Resoluciones de 1 febrero 1906; G. 9 y 11 noviembre; Alc. 1906, pág. 860). (25 mayo 1906, G. 20 junio ídem, pág. 643.) Ni siquiera porque éstos se propusiesen aceptar tal herencia a beneficio de inventario, les es lícito prescindir del Contador Partidor (R. 26 noviembre 1930; G. 20 diciembre; Alc. ídem, pág. 810).

Es más, que aunque el testamento no emplee la palabra *Comisario* se entiende que es de aplicación este artículo si el testador ha encomendado a los Albaceas hacer la partición de sus bienes adjudicando a los herederos los que hubieran de disfrutar a mayor abundamiento si prohíbe toda intervención judicial en su testamentaria (R. 12 julio 1917; G. 1 septiembre; Alc. ídem, pág. 384).

Ha de hacer esta partición, *por sí* el propio Comisario, según se deja dicho. Podrá darse el caso de que éste posea los conocimientos precisos para lo que al cabo es una función técnica; mas podrá acontecer a la inversa, y es entonces cuando la Jurisprudencia abre un cauce para que no obstante, sea el Comisario designado quien en el fondo lleve a cabo la partición, al permitir que puede éste encargar a un Notario su redacción y escritura con arreglo a los datos e instrucciones que aquél le comunique (1) pues la práctica de consignar las operaciones particionales en cua-

(1) En este caso, según las resoluciones de 2 de julio de 1929 (G. 22 septiembre) y 18 de octubre de 1929 (G. 14 noviembre; Alc., págs. 786 y 787), las particiones han de formalizarse en escritura pública y no mediante acta.

derno separado para su ulterior protocolización no es única ni el Contador Partidor está obligado a extenderlo por sí mismo. De donde se infiere y así lo ha establecido también la Jurisprudencia, que la circunstancia de no saber o no poder éste leer ni escribir tampoco le incapacita para asumir y llevar a cabo el cometido que le es propio, debido a que en nuestro Código Civil no se encuentra ninguna disposición que limite la capacidad de las personas que no sepan firmar en orden al desempeño de las funciones de Comisario *mortis causa* y las disposiciones de los artículos 708 y 1.263 en su número segundo, del mismo texto legal relativo el uno a la incapacidad de quienes no sepan o no puedan leer para otorgar testamento cerrado y atinente el otro al consentimiento de los sordomudos que no sepan escribir, no pueden extenderse ni por el diferente carácter de los instrumentos, ni por las circunstancias de las personas al requerimiento de incorporación de un cuaderno particional cuyas bases y cláusulas ha debido dictar el Comisario, asegurándose de la fidelidad y exactitud del contenido, por los medios que estime procedentes (Sentencia de 1 febrero 1900; Alc. ídem, pág. 860 y Resoluciones de 17 marzo 1930; G. 26 ídem; Alc. 1931, pág. 1.039, y las que acabamos de citar de 2 julio y 18 octubre 1929).

Dijimos, es *exclusivamente* la persona designada por el testador quien ha de realizar la partición, lo cual no obsta a que pueda aquélla encomendar a técnicos o peritos cuyos conocimientos científicos o prácticos le parezcan necesarios, los trabajos previos de inventario, valoración y división u otros análogos, siempre que de un modo independiente y autónomo, manifieste en forma solemne su voluntad de dar por redactada la partición en los términos que estime justos y declare que lo hace como delegado del testador para tales efectos (R. 17 marzo 1930; G. 26 ídem; Alc. 1931, pág. 1.039).

Nombramiento por el testador de varios Contadores-Partidores.—Si lo han sido con carácter de mancomunidad les será de aplicación dada la analogía de este cargo con el de Albacea lo dispuesto en el artículo 895 del C. c. Y en el supuesto de excusa de cualquiera de los Comisarios nombrados con carácter de mancomunidad, la facultad de hacer la partición, permanece íntegra en los restantes que hayan aceptado su cometido mientras del testamento o de la Ley no aparezca la necesidad de rescindir o dar por terminada la representación, acreciendo, en su virtud, las facultades de los que *legítimamente* no entren o dejen de estar en posesión de su cargo a los que continúen en su ejercicio como para los efec-

tos de la retribución lo establece el párrafo 2.º, art. 908 del C. c., conforme a R. de 12 julio 1917; G. 1 septiembre; Alc., pág. 384. Y la misma doctrina entendemos debe aplicarse en caso de muerte, incapacidad, ausencia, etc., de cualquiera de los nombrados, fundándonos para entenderlo así en el empleo y significado del adverbio *legítimamente* que hace la anterior Resolución.

En el caso de que más de un Comisario, hayan sido nombrados con carácter de solidaridad, es aplicable también la misma doctrina que rige para los Albaceas, y que nos proponemos tratar separadamente, en otro artículo.

Relación entre los herederos y el Comisario-Partidor.—Es en la necesidad de que la actuación del Comisario se produzca aisladamente de los herederos, salvas las limitaciones de este principio que al comenzar la exposición del presente artículo dijimos para los supuestos de liquidación de sociedad conyugal, o interés en la herencia de algún menor de edad o sujeto a tutela, donde viene a reflejarse uno de los caracteres propios de la partición por Comisario; es el de que ha de ser exclusivamente hecha por éste, según dejamos expresado, a tal extremo que no obstante haber dispuesto el testador que las operaciones de inventario, avalúo y demás divisorias fueran realizadas por el Comisario en unión del Albacea y de la heredera usufructuaria, es válida e inscribible la Escritura de Protocolización de las operaciones particionales realizadas tan sólo por el Contador, porque con aquella forma de expresarse el causante, se entiende que éste parece haber concentrado las facultades de inspección y custodia en el Albacea y las de valoración y distribución del caudal en el Contador, así como que la disposición testamentaria quedaba cumplida con que éste actuase en el concepto de Comisario y el Albacea interviniera y firmara el inventario (R. 17 marzo 1930; G. 26 id.; Alc. 1931, página 1.039).

Si la partición de los bienes relictos no hubiese sido practicada únicamente por el Comisario designado, sino por éste y los herederos del propio testador, limitándose el primero, *verbi gratia* (R. 27 febrero 1922; G. 14 marzo; Alc., pág. 566) a formar el inventario y realizando con los segundos las de avalúo, cuenta, partición, adjudicación, etc., no puede estimarse el acto comprendido en el artículo 1.057, que estudiamos, sino como contrato de partición hecha libremente por los mismos interesados (R. de 22 enero 1916; G. 13 febrero; Alc. 1916, pág. 312). Mas no significará, precisemos aún más el concepto, intervención de los herede-

ros en la partición realizada por Comisario, el hecho de que éste, deseando suavizar y armonizar las diversas pretensiones de los herederos inquiriese la opinión de éstos y les entregara la partición por él realizada para su examen y aprobación (R. 6 marzo 1930; G. 12; Alc., pág. 809).

Quiere decirse, pues, que la partición hecha bajo el nombre de un Contador-Partidor, con la intervención de los herederos, las desplaza del artículo 1.057, según iniciábamos ya al comienzo de la exposición de este artículo, y las somete a las normas generales correspondientes, ya a las del artículo 1.058 en relación con los 1.051 y 1.052 si todos los herederos fueren mayores de edad y tuvieran la libre administración de sus bienes, ya a la especiales correspondientes a los casos en que en la herencia existen menores de edad sujetos a tutela, personas sociales, etc. De consiguiente si la partición ha sido formalizada por Contador-Partidor y los herederos conjuntamente, no podrá el padre o madre representar al hijo no emancipado cuyo interés sea incompatible con el de éste, debiéndose, pues, hacer aplicación del art. 165 del Código, para designarle un defensor judicial y del 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sometiendo a aprobación judicial la partición (Resoluciones de 12 noviembre 1895; G. 27 ídem; Alc., pág. 470). (9 septiembre 1895; G. 17 octubre; Alc., pág. 466, segunda edición.) (30 junio 1914; G. 31 julio y 2 agosto; Alc., pág. 267.)

Como dejamos indicado la intervención de *todos* los coherederos en los actos de partición que por sí solo y exclusivamente debe realizar el Contador-Partidor, priva a ésta del carácter prevenido en el art. 1.057 y la coloca en el supuesto del 1.058. De tan inoportuna intervención, surge pues una partición de herencia, válida en principio, bien que no formalizada exclusivamente por la persona escogida para ello por el testador, si han concurrido todos los herederos, requisito este esencial para la validez de la partición conforme al repetido art. 1.058, según exponaremos al estudiar este precepto; por consecuencia, si en la partición interviniese con el Contador, no todos los herederos sino uno o más, no llega entonces a producirse el acto previsto en el repetido art. 1.058 por falta de un requisito esencial o constitutivo del mismo, ni tampoco a originarse la nulidad o ineficacia de la partición hecha por el Contador-Partidor, porque aquella limitada concurrencia de uno o varios de los coparticipes, por lo mismo que no genera por sí un acto jurídico perfecto, carece de la entidad necesaria para enervar el realizado por el Contador al formalizar las operaciones a que ha sido llamado en testamento,

que así resultan plenamente válidas y eficaces. Tal es, la doctrina que inferimos de la Sentencia del T. S. de 7 mayo 1910; G. 24 septiembre; Alc., pág. 553, que por cierto, no parece estar en armonía con la establecida por la Dirección General de los Re., en Resolución de 27 febrero 1922; Alc., pág. 566, en cuyo caso, y a propósito de haber concurrido a la práctica de las operaciones particionales el Contador designado por el causante y los herederos menos uno, el Centro directivo declaró no ser inscribible la Escritura Notarial en que así constaba, a causa de no poderla reputar como un instrumento autorizante de operaciones testamentarias ejecutadas por Contador-Partidor con los efectos y alcance que a las de su clase le atribuye el art. 1.057. Ahora bien: como la misma Resolución confiesa, si para la validez de la partición realizada en el supuesto del art. 1.058 es necesaria la concurrencia de todos los herederos, estaríamos en el caso que resolvió la Resolución de 22 febrero 1928, ante un acto, el realizado por los herederos con su concurrencia incompleta, inexistente o nulo, que como antes se dejó indicado, en nada deberá menoscabar la realidad y eficacia del ejecutado por el Contador-Partidor, con positivas facultades para ello, según el testamento, pareciendo más bien que la intervención de uno o más de los herederos, y no de todos, sea una concurrencia oficiosa que nada ponga ni quite a la partición hecha por el Contador designado.

En tanto, pues, que el Contador se limita al cumplimiento de su encargo estrictamente, por la ejecución de actos de naturaleza particional, la intervención en ello de los herederos, no es necesaria ni oportuna si quiera. Ahora bien: y por lógica consecuencia, si aquél realiza otros actos que no sean de verdadera partición, tales como adjudicar a uno todos los bienes con obligación de satisfacer al coheredero en metálico la parte proporcional, es lo cierto que constituyendo esto una enajenación, será necesario entonces el consentimiento de todos los herederos, concretamente para inscribir en el R. de la P. la partición así hecha por el Contador-Partidor. Es pues éste, un caso claro de excepción a la regla general que excluye la necesidad de aprobación por los herederos de la partición hecha por Comisario.

Mas junto al anterior, puede ofrecerse algún otro caso, como dudoso. Se ha sostenido, al efecto, que habiendo el testador mejorado a un heredero y facultado a éste para determinar la forma en que debía serle entregada la cantidad importe de la mejora, debió el favorecido por ésta, intervenir en la partición hecha por el Contador, para usar de tal dere-

cho. Mas en verdad que para dirimir la cuestión ha de aplicarse la ya expuesta doctrina que deja, cuantas adjudicaciones contenga una partición formalizada por Comisario, incluso la en favor del heredero mejorado, pendiente de un elemento jurídico asimilado a la condición suspensiva, cual el de la aceptación tácita o expresa de la herencia; y en su virtud, la adjudicación y partición a que nos hemos referido en este párrafo es inscribible en el Registro de la Propiedad sin necesidad, conforme a la regla general, de la intervención del heredero mejorado (R. 12 diciembre 1927; Alc. 1928, pág. 964).

SEGUNDO. *Que la persona nombrada para hacer la partición no sea uno de los coherederos.*

Y con tal rigor se exige el cumplimiento de este requisito, que no será valedera, como opuesta a él, la designación de Comisario hecha en favor del cónyuge viudo, ni aunque éste renuncie a la porción legítima que en usufructo le señala la Ley, y ello porque, en buenos principios de Derecho, no es lícito permitir que una incapacidad establecida, sin duda alguna, por razones de interés público superiores al arbitrio particular, pueda desaparecer mediante actos personales del incapaz (R. de 12 noviembre 1895; G. 27 ídem; Alc., íd., 2.^a edi., pág. 471).

Cabría generalizar la anterior doctrina y establecer que ningún heredero instituido puede ser Contador-Partidor ni aunque renuncie a su porción hereditaria. Mas ¿y en el caso de que el Comisario designado venga a ser heredero ab-intestato?, por ejemplo, si el testamento no contiene institución de heredero, pero sí, cualquiera otra disposición, y un nombramiento de Contador-Partidor, viniendo éste a resultar sucesor ab-intestato, conforme al núm. 2.º, art. 912, del Código Civil. O si el testador designara para tal cargo a uno de entre sus varios hermanos, a la par que instituye a sus hijos, todos los cuales premueren a aquél, quedando por herederos ab-intestato sus nombrados colaterales, ¿tendrá capacidad, en cualquiera de ambos casos, el designado Contador para llevar a cabo este cometido? Parécenos, con referencia principalmente al segundo ejemplo citado, que tanto la intención del causante como la finalidad por él perseguida al designar un Comisario, es que hiciese éste la partición para las personas por él instituidas, atento quizá a alguna estimable razón, cual la de evitar disensiones entre ellos, etcétera; mas desaparecido uno de los términos personales de la sucesión testamentaria de referencia—los instituidos—, en los que iba envisce-

rada la razón del dicho nombramiento de Contador-Partidor, no parece deba la designación de éste surtir efecto para distintos herederos (abintestato), además de que, habiendo él mismo resultado coheredero, le alcanzaría, como razones fundamentales de incompatibilidad para ello, las que enunció para el cónyuge supérstite, aun renunciando éste a la cuota vidual, la Resolución de 12 de noviembre de 1895.

Y el legatario, ¿podrá ser designador eficazmente Contador-Partidor?

Si el legado con que se le ha favorecido es de cosa específica, no vemos inconveniente en que pueda ser nombrado para ejercer dicho cometido, por estimar, dado que su interés es reducido o materialmente limitado en la herencia, no se ofrecerán en este caso los riesgos que el legislador ha tomado, sin duda, en consideración para negar al coheredero la posibilidad de ejercer válidamente aquella función, aun en el caso de que el testador hubiese distribuido en legados la totalidad de su herencia, porque entonces el designado, más que su verdadero Contador-Partidor, vendría a ser un Albacea que cumple el cometido que asigna el art. 885 del Código Civil.

Pero si el legatario, nombrado Comisario, fué favorecido en parte alícuota, podría llevarnos a sostener la validez y eficacia del nombramiento de Contador, la especie reiterada por la Jurisprudencia, en particular con relación al art. 317 del Código, de que las disposiciones limitativas de la capacidad han de interpretarse restrictivamente, y el artículo 1.057 del mismo sólo excluye a quien sea coheredero. Por el contrario, son susceptibles de inducirnos a creer que, en este caso, el legatario no puede ser Contador-Partidor, las siguientes consideraciones: 1.^a Que si, conforme al art. 768 del Código Civil, el heredero instituido en una cosa cierta y determinada ha de ser considerado como legatario, parece, según expresa Castán (1), que, a la inversa, el legatario de parte alícuota debe ser considerado como heredero, y en tal concepto se hallaría comprendido en la incapacidad a que se refiere el susodicho 1.057. Y 2.^a Que siéndolo el legatario de parte alícuota, máxime si concurre con otros legatarios, pueden alcanzarle, dada la índole de su participación e interés en la herencia, las propias razones que hacen al heredero incompatible para desempeñar la función de Contador-Partidor (2).

(1) Derecho Civil. Oposiciones a Notarías, 7. 1.º V. 2.º, pág. 315.

(2) En el caso que fué objeto del pleito resuelto por la sentencia de 23 de octubre de 1923 (Alc., 1924, pág. 852), la legataria, que además había sido designada Contador-Partidor, se abstuvo de ejercer estas últimas funciones, alegando su incom-

TERCERO. *Que el Contador-Partidor, en el desempeño de su encargo, se conduzca dentro de sus facultades, que expondremos combi-*
nadamente con sus limitaciones.

Ante todo, se determinan las atribuciones de aquél, por lo que expresamente el testador haya ordenado, pues así, es como puede exigirse de los herederos que estén y pasen por lo que haya hecho el Comisario, cualquiera que sea la fuerza y vigor que el mismo testamento quiera otorgar a la partición por aquél formalizada (S. de 23 noviembre 1899, G. 31 marzo 1900; Alc. 1900, pág. 854).

Lógica consecuencia del deber que se impone al Comisario-Partidor de acatar y llevar a la práctica su cometido conforme a lo ordenado por el causante, es la

a) *Facultad de interpretar el testamento* de éste, para lo cual le reconocen potestad explícitamente la Jurisprudencia del Centro directivo. Así, habiendo muerto el causante con dos testamentos, los Contadores, combinando las cláusulas de ambos, entendieron que al disponer en el segundo de la porción de los bienes que el primero atribuía a determinada persona, indicaba que subsistía la institución de herederos anterior en cuanto a los demás bienes, respecto de cuya subsistencia había discrepado el Registrador de la Propiedad, por lo que denegó la inscripción de la partición (R. de 12 diciembre 1912; G. 22 enero 1913; Alc. 1913, pág. 135). Y en el caso contenido en R. de 4 diciembre 1905; G. 17 ídem.; Alc., pág. 632, instituídos herederos seis primos del testador "para ellos, sus hijos y descendientes", y habiendo premuerto al otorgante tres de dichos primos, los Albaceas-Contadores interpretaron dicha frase en el sentido de que envolvía una sustitución a favor de los hijos o descendientes de los fallecidos y que, por tanto, no había lugar al derecho de acrecer en favor de los tres primos instituídos, supérstites. Es nota particular de este caso que las operaciones divisorias habían sido practicadas por dichos Albaceas-Contadores con la intervención de todos los herederos.

b) *Formar el inventario y avalúo de los bienes* que han de servir de base a las operaciones divisorias, el cual, tratándose de quien ha fallecido en estado de casado, deberá comprender no sólo sus bienes pri-

patibilidad para ello como heredera abintestato, a causa de no haber dispuesto el causante de todos sus bienes. No contiene dicha sentencia ninguna declaración sobre capacidad o incapacidad del legatario para ser Contador-Partidor, porque no fué ése el extremo del debate.

vativos, sino también los adquiridos durante su matrimonio, porque así es fundamental para el efecto de determinar el verdadero caudal partible (R. 17 julio 1915; G. 26 agosto; Alc., pág. 483).

Mas ¿tendrá facultad el Contador para excluir del inventario determinados bienes, por estimar que no pertenecen al testador, siendo errónea, por tanto, la atribución que éste se hacía de los mismos al disponer de ellos específicamente, a título de legado?

Parécenos que el Comisario-Partidor no puede decretar por sí solo dicha exclusión. Al disponer el testador de ciertos bienes, como de su pertenencia no puede el Contador resolver en perjuicio de los herederos la cuestión de propiedad que dicha atribución significa. No obstante y acercando la cuestión al orden práctico, puede suceder que las razones para admitir que determinados bienes no pertenecen al testador sean tan fundadas y evidentes, que al no establecerlo así desde un principio se origine perjuicio en particular al heredero adjudicatario de dichos bienes, si mañana se ve obligado a reconocer que no pertenecían a su causante, sufriendo con ello la merma consiguiente en su participación hereditaria. Deberá, en este caso, el Comisario, para dejar establecido desde un principio el verdadero estado de bienes del causante y evitar contiendas entre los herederos, *verbi gratia*, por que hubiera de rescindirse la partición, etc., hacer constar en ésta la situación particular de dichos bienes, y bien abstenerse de hacer adjudicación alguna de los mismos, o bien adjudicarlos a los herederos en la debida proporción, para que, según las participaciones de éstos en la herencia, la baja de aquellos bienes no recaiga exclusivamente sobre algún heredero, mermándole injustificadamente sus derechos.

Con la aprobación y aceptación de los herederos, en particular de aquel en cuyo favor hubiese el testador dispuesto de los bienes que se entiende le eran ajenos, no vemos inconveniente en que pueda decretarse aquella exclusión.

Pero si la cosa de referencia ha sido legada por el testador a tercera persona distinta de los herederos, ¿será inscribible en el Registro de la Propiedad la partición en cuya virtud éstos y el Contador-Partidor, prescindiendo del legatario, acuerdan la exclusión de aquélla en el inventario de bienes de la herencia? Se ha de tener en cuenta que conforme al art. 882 del Código Civil, cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere; bien es verdad que en el caso propuesto

la cuestión estriba precisamente en saber si la cosa legada es o no propia del testador, y no parece suficiente para establecer esto último que así lo entiendan el Comisario y los herederos, erigiéndose de antemano en jueces decididores de un derecho sobre el cual no se ha oído a la parte interesada o legatario; semejante coincidencia entre aquél y éstos es de tal trascendencia, que positivamente anula y deja sin efecto, en perjuicio de tercera persona, una disposición testamentaria. Ni vale para entenderlo de otro modo la consideración de que no siendo, a todas luces, propia del testador la cosa legada en el caso que hemos propuesto, la adjudicación de ella al favorecido sólo conducirá al terreno de lo ilusorio, pues es válido, conforme a los artículos 861 y 863 del Código Civil, el legado de cosa ajena si el testador, al legarla, sabía que lo era, limitación esta que, por añadir otra complejidad al caso propuesto, contribuye a desplazarlo de las atribuciones del Comisario.

Bien es verdad que, conforme a reiterada Jurisprudencia (1), la partición por éste formalizada es inscribible en el Registro de la Propiedad, por cuanto crea un estado de derecho válido y debe estimarse subsistente mientras no se justifique y declare judicialmente la ineficacia y subsiguiente rescisión de la misma; pero no es menos cierto que para que tales efectos se entiendan en principio producidos, suficientemente a causar una inscripción registral, es necesario que el Contador-Partidor no se haya desligado visiblemente de sus atribuciones, según cabrá comprobar con dichas citas de Jurisprudencia.

En la Resolución de 30 de enero de 1915; G. 3 marzo; Alc., página 483, se contiene el caso propuesto, es a saber: exclusión de un inventario, mediante acuerdo entre el Comisario y los herederos, de determinados bienes legados en favor de tercera persona, sin que constase para ello el consentimiento de ésta. Mas, sensiblemente, no hubo ocasión de que el Centro directivo entrase a decidir sobre este interesante problema, porque la resolución del recurso se limitó a insistir en la necesidad de nombrar al hijo menor un defensor judicial, al objeto de que en éste tuviese lugar la citación para el inventario que previene el art. 1.057, en el caso de no poder representar a aquél su padre, por incompatibilidad de intereses entre ambos.

c) *Distribuir el caudal propio del testador, conforme a lo dis-*

(1) Que citaremos al tratar del valor y eficacia jurídica de la partición por Comisario.

puesto en el testamento y supletoriamente a las normas de la Ley (Resoluciones 12 noviembre 1895; Alc., 2.^a edi., pág. 470, ya citada, y de 25 mayo 1906; Alc., pág. 643).

Consecuencia del anterior principio es que el Comisario no puede, sin la concurrencia del cónyuge supérstite o de sus legítimos representantes, por sí solo proceder a la liquidación de la sociedad conyugal si el causante la hubiese contraído. Ciertamente que esta liquidación, como operación previa e indispensable a determinar el verdadero caudal partible del mismo, es una de las que DEBE practicar el Comisario-Contador para cumplir su cometido (R. 11 septiembre 1907; G. 10 octubre; Alc., pág. 592) (R. 6 marzo 1923; G. 5 abril; Alc., página 308); pero *con la intervención y conformidad del cónyuge sobreviviente*, tanto por tratarse de derechos y obligaciones recíprocas que no puede una sola de las partes fijar por sí misma (además de las dos Resoluciones que acabamos de citar, la de 6 marzo 1923; G. 5 abril; Alc., pág. 308), como porque una liquidación de tan índole afecta a intereses y derechos distintos de los que constituyen el caudal del propio causante (Resoluciones de 26 febrero 1906; G. 21 marzo; Alc., página 300) (12 noviembre 1895; G. 27 ídem; Alc., 2.^a edi., pág. 470) (14 marzo 1903; G. 3 abril; Alc., pág. 179) (25 mayo 1906; G. 20 junio; Alc., pág. 643), sin que basten a subsanar la falta u omisión, en dicho caso, del cónyuge supérstite, ni la renuncia posterior de éste a la cuota usufructuaria (R. 26 febrero 1906, ya citada), ni el haber sido sometidas las operaciones particionales a la aprobación judicial, ya que este trámite lo establece el art. 1.049 de la ley de Enjuiciamiento civil sólo para las particiones de herencia extrajudicialmente hechas en que están interesados menores, ausentes o incapacitados (31 enero 1912; G. 29 marzo; Alc., pág. 220), y sin que sea tampoco suficiente a justificar haberse prescindido del cónyuge supérstite, al liquidar la sociedad de gananciales, el alegato de que éste se había negado a prestar para ello su concurso, pues a esto puede obligársele por los procedimientos que al efecto establecen las leyes (R. 22 agosto 1914; G. 7 octubre; Alc., pág. 267). Y es sólo el mismo cónyuge supérstite, cuya intervención indebidamente se omitió, a dichos fines, quien puede convalidar las operaciones particionales prestando su aprobación o ratificación a ellas; *verbi gratia*, concurriendo al acto de protocolización de la hecha por el Comisario y manifestando en él su conformidad con dicha liquidación (R. 22 agosto 1914; Alc., pág. 267).

Para completar, en fin, la exposición del principio según el cual ha de limitar el Comisario la partición que haga del caudal propio del testador, hemos de notar que no se considera ha rebasado tales límites ni extendido, pues, sus funciones a otra herencia distinta de aquella para la que fué designado; ejemplo: la de la esposa, quien falleció dejando un hijo, sin que la partición de los bienes de aquélla se llevase a cabo por el Contador nombrado por la misma hasta después de morir el hijo, si al hacerla adjudica al padre de éste y cónyuge supérstite de la testadora los bienes que el hijo común había heredado de su madre (R. 23 julio 1910; G. 21 septiembre; Alc., pág. 601).

Caso particular de distribución por el Comisario del caudal propio del testador es que puede válidamente aquél adjudicar a la viuda bienes de la pertenencia privativa del causante, y para pago, *verbi gratia*, de su dote y arras, ya de sus gananciales, etc. (R. 11 septiembre 1907; G. 10 octubre; Alc., pág. 592).

ELOY ESCOBAR DE LA RIVA.

Notario ~~excedente~~

(Se continuará.)