

**COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 13 DE NOVIEMBRE
DE 1998 (R.J. ARANZADI 1998/8495)**

Por Dña. VIRGINIA MARTÍN MÁRQUEZ
Becaria de Investigación. Derecho civil

SUMARIO

HECHOS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

COMENTARIO

- I. Albaceas contadores-partidores
- II. Adición a la herencia
- III. Existencia de un coheredero incapaz

HECHOS

PRIMERO.—Por escritura otorgada en Ampuero, ante el Notario don Francisco Javier M. M., el 4 de junio de 1987, se procedió a otorgar la partición de las herencias de don Luis O. E. y su esposa doña Pilar H. E. Esta escritura se otorga por los albaceas contadores-partidores designados en los testamentos de los causantes, con amplias facultades al efecto (y que, según se dice en la escritura, son los que realizan las adjudicaciones de los caudales hereditarios, distribuyéndolos entre los herederos, dejando así formalizadas las operaciones testamentarias), y por dos de los tres herederos de ambos causantes, don Ramón y don Demetrio O. H. (quienes, se dice en la escritura de partición que esas operaciones particionales realizarán). Se dice, además, en dicha escritura de partición, que esas operaciones particionales se formalizan de forma prioritaria por los albaceas, intervención que viene a suponer el cumplimiento de la representación del heredero incapaz, don Francisco O. H., manifestando dichos albaceas que han dado cumplimiento a lo prevenido en el último párrafo del art. 1.057 del Código Civil. Además al realizar la partición se inventarían los bienes que forman la herencia, dando a cada uno su respectivo valor, y formando tres lotes, cuyos valores, sumados, son iguales a los correspondientes a la cuota sucesoria de cada uno de los tres hijos y herederos. En los testamentos de ambos causantes se dice, por otra parte, que «siendo su hijo don Francisco O. H. subnormal, se designa por el mismo el organismo titular» y se nombra tutor al coheredero don Ramón O. H., así como el protutor y Consejo de Familia. Tras ello, el 16 de junio de 1988, se otorga ante el mismo Notario, en Ampuero, una nueva escritura por los mismos otorgantes (los hermanos don Ramón y don Demetrio O. H. y los albaceas contadores-partidores), en la cual se rectifica, «completa y aclara» la anterior partición, diciendo que «en la elaboración del inventario se omitió por error involuntario» una partición indivisa de una finca, la cual, «lógicamente se integra y conforma los caudales hereditarios partibles», si bien «en la formación de las hijuelas los albaceas contadores-partidores tomaron ya en consideración la partición indivisa, y ponderando la misma, como elemento cuantificable y distributivo en la formación de los haberes de los repetidos hermanos, resultando así que tal partición, desde un principio se estimó habría de constituir e integrarse en los haberes de dos de los herederos, precisamente los hermanos don Ramón y don Demetrio O. H.», por lo cual, tratándose de «una mera omisión», procede complementar la escritura, adjudicándose la finca a esos dos coherederos, «sin que ello altere ninguna de las bases de la sucesión ni la distribución igualitaria correspondiente a los herederos», «ni, en definitiva, el jus-

tiprecio alzado representativo de la suma de los haberes de cada uno de los herederos».

SEGUNDO.—Presentada la anterior escritura, junto con la partición inicial que mediante ella se rectificaba, en el Registro de la Propiedad de Castro Urdiales, fue calificada (por tercera vez, reiterando el contenido de las notas calificatorias anteriores, que no habían sido notificadas al Notario), en los siguientes términos: presentado el presente documento en unión de escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia de fecha 4 de junio de 1987, autorizada por el mismo Notario que la escritura de adición cuya inscripción se deniega y de un escrito de fecha 28 de enero del presente año del citado fedatario, se reproduce la nota de calificación expedida con fecha 9 de abril de 1992 en otra copia de las citadas escrituras, haciéndose constar, además, la necesidad de acreditar el pago, no sujeción, exención o prescripción del Impuesto sobre Sucesiones. Denegada la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos: 1.º No se presenta la documentación complementaria exigida por los arts. 14 de la Ley Hipotecaria (R.C.L. 1946\342, 886 y N.D.L. 18.732) y 78 del Reglamento (R.C.L. 1947\476, 642 y N.D.L. 18.733): A saber: Testamentos de don Luis O. E. y de doña Piedad H. E., otorgados el 7 de octubre de 1975 ante el Notario de Laredo, don Luis E. y B.; certificados de defunción y del Registro General de Actos de Ultima Voluntad de ambos causantes. 2.º En la escritura de adición no se valora individualmente la finca, utilizándose expresiones que no pueden ser admitidas, como que el valor de dicha finca se computó al inventariar la totalidad del caudal relicto en la escritura de manifestación y adjudicación de herencia otorgada en Laredo el 4 de junio de 1987 ante el mismo Notario autorizante de la escritura de adición que ahora se deniega, cuando claramente resulta que la participación de la finca en cuestión tiene un valor superior que el declarado para la totalidad del caudal relicto como resulta de las escrituras de venta de las indicadas participaciones presentadas en este Registro bajo los asientos 2.386 y 2.387 del diario 30 en las que se vende por precio, cada participación, de 4.000.000 de pesetas. 3.º De las escrituras presentadas parece deducirse la existencia de un hijo subnormal (don Francisco), sin que se acredite esta circunstancia de forma legal (no consta si ha sido judicialmente incapacitado), no acreditarse tampoco, en su caso, el nombramiento de tutor, porque si bien los causantes designan como tal tutor a su hijo don Ramón, no consta el nombramiento judicial. 4.º Porque no resulta haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en el último apartado del art. 1.057 del Código Civil, en lo referente a la citación de coherederos, toda vez que estando interesado en la herencia un incapacitado (en el caso de que efectivamente exista resolución judicial de incapacitación ya que en otro caso don Francisco debería haber concurrido al otorgamiento de las escrituras), habría de haberse citado a su representante legal, y siendo éste, si así se acreditara un hermano del mismo, existirían intereses contrapuestos, por lo que sería necesario el nombramiento de un defensor judicial (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 noviembre 1955 [R.J.

1955\3.588], 16 mayo 1984 [R.J. 1984\2.415], entre otras). Los defectos de los apartados 2.º y 4.º se consideran insubsanables. Contra la presente nota de calificación cabe interponer recurso gubernativo ante el Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo de cuatro meses y posterior apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, Castro Urdiales, 10 de febrero de 1993. Firma ilegible.

TERCERO.—El Procurador de los Tribunales don Santos M. L., en representación del Notario autorizante de las escrituras, presentó recurso contra la anterior nota de calificación, alegando lo siguiente: En relación con el punto primero de la calificación, no era recurrido, de modo que los documentos necesarios serían posteriormente aportados. Tampoco se recurría la exigencia de acreditación previa del cumplimiento de los deberes fiscales. En cuanto al segundo punto de la nota de calificación, se consideraba que era irrelevante el hecho de que posteriormente a las mismas fincas se les diera un valor superior, y por tanto carecía de todo fundamento jurídico la denegación de la inscripción por este motivo. Y en cuanto a los dos últimos defectos, se afirma por el Notario que la manifestación realizada por los albaceas en la primera escritura particional sobre la condición de incapaz de uno de los herederos y la verificación de lo ordenado en el art. 1.057 del Código Civil, podría significar: Bien que esa afirmación tiene un contenido meramente convencional o familiar, pero sin relevancia jurídica, por no preceder la declaración judicial de incapacidad (en cuyo caso no es necesaria esa información de inventario con citación de determinadas personas que impone el art. 1.057.3 del Código Civil), bien que se ha producido una incapacitación que no ha conducido a la sujeción a tutela, o bien que se ha constituido el organismo tutelar. Y en estos dos últimos casos, siguió argumentando, debe bastar con la manifestación en forma auténtica (en la misma escritura de partición inicial), de los albaceas contadores-partidores, de haber dado cumplimiento a lo ordenado en el art. 1.057.3 del Código Civil, como se estableció por la Resolución de esta Dirección General de 30 abril 1917.

CUARTO.—El Registrador en defensa de su nota alegó: Que siendo la segunda escritura una adición, aclaración y rectificación de la primera, deben ser ambas calificadas simultáneamente. Que el hecho de que la primera escritura se haya presentado e inscrito en otro Registro (sin que se hubiera otorgado ni acompañado la segunda), no impide una calificación discrepante de otro Registrador, quien no se ve en modo alguno vinculado por la primera. Que si en un documento firmado posteriormente se vende la parte indivisa de finca que constituía el objeto de la adición por un precio casi catorce veces superior al de todo el caudal relicto, ello hace pensar que la legítima del presunto incapaz se haya visto cercenada, aparte de que la operación de incluir en la segunda escritura la nueva finca sin asignar a ésta un valor individual (ni aclarar en cuánto se modifica el valor de las previamente inventariadas, sino diciendo sólo que el valor total de cada uno de los lotes no se ha modificado), resultaría contraria al

art. 51 del Reglamento Hipotecario, cuando exige la constancia del valor de la finca inscrita. Y finalmente, en cuanto a los defectos tercero y cuarto, que admitiendo que pueda ocurrir, bien que se haya declarado incapaz al otro heredero, o bien que no se haya producido dicha declaración de incapacidad, en ambos casos faltarían requisitos esenciales a la escritura. Porque en el primer caso, la manifestación en la primera escritura de que los contadores-partidores han dado cumplimiento a lo ordenado en el art. 1.057 del Código Civil, no es suficiente, porque no resulta de la escritura a quien se ha citado en representación del incapaz, sea el tutor o un defensor judicial, y la omisión de esa citación implicaría la nulidad de la partición así realizada, como reiteradamente ha dicho el Tribunal Supremo (sin que, por supuesto, sea posible que los contadores-partidores se arroguen la representación del incapaz). Y si, por el contrario, la sentencia de incapacitación no se hubiera producido, sería necesaria la comparecencia en la escritura del presunto incapaz, para que el Notario hubiera podido apreciar su capacidad. Afirma además que, al haberse realizado la partición por los contadores-partidores con intervención de algunos de los herederos, se ha convertido la misma en una partición del art. 1.058 del Código Civil, y para la misma es necesario el consentimiento expreso de todos los herederos, sin omisión de ninguno de ellos, aparte de que, dado que las facultades conferidas a los contadores-partidores quedan extinguidas desde el momento en que formalizan la partición, no pueden posteriormente repetir o modificar esa partición que ya ejecutaron.

QUINTO.—El recurso interpuesto fue resuelto mediante auto del Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, confirmando la nota en cuanto a su cuarto defecto, sin entrar a valorar el resto de los defectos, por su carácter formal, y ello con argumentos análogos a los del Registrador de la Propiedad, y especialmente por considerar que de la documentación que integra el expediente, y especialmente de las declaraciones realizadas en la escritura, resulta que el otro coheredero era incapaz, por lo que debería haber sido citado, en la persona de sus padres, tutores o defensor judicial, y consecuentemente en la escritura de partición se debería haber expresado la persona a la que se envió la correspondiente citación, no pudiendo corresponder la representación a ninguno de los coherederos, dado el conflicto de intereses existente con el incapaz. A ello añade el hecho de que en la escritura de adición y rectificación no se hiciera constar la realización de una nueva citación.

SEXTO.—El Notario interpuso recurso de apelación contra la resolución del Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, reiterando los argumentos expuestos, y añadiendo que el criterio que se ha impuesto finalmente en nuestro ordenamiento no ha sido el de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 diciembre 1909 (que exigía la constancia en la escritura de la edad de los herederos, de modo que si había herederos menores de edad debería precisarse en la escritura la identidad de las personas a quienes se hubiera citado en su representación para la

formación del inventario, no bastando por tanto con que el contador-partidor mencionara que todos habían sido citados), sino por el contrario el de las Resoluciones de 30 abril 1917 y 6 marzo 1923, en las cuales se venía a considerar suficiente con la manifestación del Comisario de haber dado cumplimiento a lo ordenado por el art. 1.057.3 del Código Civil, sin que sea para el Notario necesario indicar la identidad de las personas citadas, y sin que ni siquiera tengan trascendencia alguna para la validez y eficacia de la partición los posibles defectos en la formación del inventario. Argumentaba, asimismo, el Notario que, dado que las dos escrituras constituyen una única operación, resulta redundante e innecesario hacer constar en la segunda de nuevo el cumplimiento del inventario y citación ordenados en el art. 1.057.3 del código Civil, y que la partición se ha otorgado por los contadores-partidores, y no por los herederos, razón por la cual no existe base para cuestionarse la capacidad o incapacitación de los herederos como parte en el instrumento público (y, si en la escritura se ha utilizado la expresión incapaz referida a uno de los coherederos, ha sido de forma impropia e inocua).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los arts. 202 al 204, 229, 902, 1.056 al 1.060 del Código Civil; 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 9.2 de la Ley Hipotecaria, 51.8 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de esta Dirección General de 5 octubre 1893, 21 enero 1898, 5 octubre 1900, 26 agosto 1908, 2 y 26 agosto y 21 diciembre 1909, 29 noviembre 1911, 4 diciembre 1912, 7 marzo y 30 junio 1914, 30 enero 1915, 13 mayo 1916, 30 abril 1917, 27 febrero 1922, 6 marzo 1923, 28 marzo 1944 (R.J. 1944\519), 5 abril 1991 (R.J. 1991\3.135) y 21 enero y 10 julio 1993 (R.J. 1993\445), y las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 octubre 1932 (R.J. 1933\1.227), 14 febrero 1952 (R.J. 1952\1.208), 23 diciembre 1976 (R.J. 1976\5.578) y 17 diciembre 1988 (R.J. 1988\9.475).

PRIMERO.—No habiéndose recurrido el primero de los defectos, se plantean en recurso dos cuestiones fundamentales, que, en el caso concreto, no dejan, además, de tener alguna relación entre sí.

La primera es si, hecha la partición por los que en el testamento fueron designados «albaceas, contadores-partidores y comisarios, con las más amplias facultades, especialmente las de entregar los legados y las derivadas del art. 1.057 del Código Civil», pueden éstos, con posterioridad al otorgamiento de la escritura de partición hereditaria realizar una adición a la herencia, mediante una nueva escritura, en la que se describe un nuevo bien que no fue incluido en el inventario inicial, adjudicándose el mismo a algunos de los herederos (no a todos, y quedando excluido de la adjudicación precisamente el heredero que podría, eventualmente, ser incapaz), pero sin dar a ese bien un valor individual independiente y añadido al de los que ya se inventariaron y adjudicaron a los socios, por afirmarse que la omisión en la escritura había sido errónea, puesto que ya

había sido tomado en consideración en las hijuelas de los herederos, de modo que desde un principio se estimaba que el bien, y su valor, ya estaban comprendidos en el global del lote adjudicado a esos herederos.

Y el segundo problema planteado es si, habiéndose ordenado en los testamentos de ambos cónyuges que «siendo su hijo don F. O. H. subnormal, se designa para el mismo el organismo tutelar» (nombrándose tutor, protutor y Consejo de Familia, y recayendo el nombramiento de tutor precisamente en un hermano del supuesto incapaz, coheredero con él mismo), basta que el contador-partidor, al realizar la partición inicial, diga de forma genérica que «las operaciones testamentarias, sin perjuicio de la concurrencia de los herederos hermanos, don R. y D. O. H., se formalizaron de forma prioritaria por los albaceas don L. y don A., intervención que viene a suponer el cumplimiento de la representación del heredero incapaz don F. O. H., manifestando dichos albaceas que han dado cumplimiento a lo prevenido en el último párrafo del art. 1.057 del Código Civil».

SEGUNDO.—En relación con el segundo de los defectos de la nota impugnada, procede su confirmación, pues, por una parte, **la valoración individualizada de todos y cada uno de los bienes que integran el caudal partible, es una de las operaciones inherentes al cometido del albacea contador-partidor** (Cfr. art. 1.074 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), **de la que no puede prescindirse pues incide en la eficacia de la partición realizada** (cfr. arts. 1.074 y 1.075 del Código Civil); y, por otra, **ante la omisión de algún bien de la herencia, el legislador prevé no la rescisión de la partición, sino su adición o complemento** (Cfr. art. 1.079), **pero reputándose aquélla realizada con estricta igualdad** (cfr. arts. 1.061, 1.071, 1.072 y 1.074 del Código Civil), **obviamente el nuevo bien deberá partirse ahora con la misma estricta igualdad** [máxime cuando se trata de partición por el albacea-comisario, cuyas facultades se limitan a la simple de hacer la partición (cfr. art. 1.057.1 del Código Civil)], sin que proceda ya el artificioso recurso ahora utilizado, toda vez que la partición inicial, en los términos en que fue realizada, ha producido sus propios efectos jurídicos (cfr. arts. 1.068 y 1.079 del Código Civil).

TERCERO.—En relación con el tercero de los defectos de la nota, debe señalarse que **si bien la partición realizada por el contador produce efectos jurídicos por sí** (art. 1.057 del Código Civil), **sin necesidad de la conformidad de los herederos y legatarios, es preciso conforme prevén para su inscripción los arts. 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario que en ella se contenga una identificación completa de los beneficiarios, de modo que cuando uno de los herederos estuviese incapacitado, debería especificarse debidamente esta circunstancia, así como la identidad del legal representante y, en su caso, del defensor judicial nombrado al efecto** (se posibilita así no sólo la comprobación del cumplimiento de lo previsto en el art. 1.057.3.º del Código Civil, sino también, una efectiva defensa de los derechos del incapacitado ante esa parti-

ción realizada por tercero), exigencia que en el caso debatido, en el que del testamento de los causantes resulta que uno de los herederos está incurso en causa de incapacitación, impone bien la desvirtuación de esta circunstancia afirmando la plena capacidad del interesado, bien la expresión de los datos antes referidos.

CUARTO.—Respecto del cuarto de los defectos de la nota impugnada ha de señalarse que es doctrina de este centro (vid. Resoluciones de 30 abril 1917 y 6 marzo 1923), que a efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad, es preciso que en el documento comprensivo de la partición efectuada por el contador, cuando entre los interesados hay algún menor de edad o sujeto a tutela, éste debe indicar nominalmente quiénes han sido citados y, en su caso, en qué concepto, a fin de hacer posible la apreciación de cumplimiento de lo previsto en el art. 1.057.3.º del Código Civil, sin que sea suficiente la mera afirmación genérica de que se ha cumplido dicho trámite, máxime si, como en el caso debatido ocurre, existen dudas sobre la capacidad de uno de los herederos y no se especifican en debida forma sus circunstancias.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

Madrid, trece de noviembre de mil novecientos noventa y ocho. El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

COMENTARIO

La Resolución objeto de comentario centra la cuestión en la partición de una herencia realizada por los albaceas contadores-partidores con algunas deficiencias, siendo por ello conveniente analizar con más detenimiento los siguientes aspectos: funciones de los albaceas contadores-partidores y la distinción entre ambos cargos; la adición a la herencia; y existencia de un heredero incapacitado.

I. Albaceas contadores-partidores

En el caso que nos ocupa, los testadores, D. Luis O. E. y su esposa Dña. Pilar H. E. designaron en sus testamentos albaceas contadores-partidores con «amplias facultades»; lo cual quiere decir que existe solamente un cargo que debe realizar las funciones propias de los albaceas y las propias de los contadores-partidores. Esta puntualización previa viene como consecuencia del tradicional debate sobre si los contadores-partidores son una figura diferente de los albaceas o, por el contrario, son albaceas con la única función de practicar las operaciones particionales. Todo el problema surge, como sabemos, de que nuestro ordenamiento jurídico dispone de tres figuras diferentes que pueden concurrir a la ejecución de la última voluntad del causante; administrador, albacea y contador-

partidor; y de que el Código civil ofrece una regulación escasa. Lledo Yagüe¹ apunta que la idea del legislador pudo ser que, distinguiendo teóricamente los cargos, los albaceas son a la vez contadores-partidores; ya que el art. 908 del Código habla de la posible remuneración del albacea por los trabajos de partición, y sobre todo, el art. 907, que contrapone dos clases de albaceas dando por supuesto que ambos tienen la misión de partir. En la misma línea se pronuncia la S.T.S. de 8 de marzo de 1995 (R.J. 1995/2.157): «tanto doctrinal como jurisprudencialmente prima la tesis de considerar al contador-partidor como un albacea, y consiguientemente a éste con facultades de contador partidor (Sentencias, entre otras, desde la de 4 febrero 1902 y 24 febrero 1905, hasta la de 5 julio 1947 [R.J. 1947/937])»². Sin embargo, consideramos, con la mayor parte de la doctrina³, que se trata de cargos distintos, aunque por la falta de precisión nor-

¹ *Derecho de Sucesiones. La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria*, vol. II, 2.ª parte, Bilbao, 1991, pág. 758.

² En el mismo sentido J. Santos Briz (*Derecho civil. Teoría y práctica*, tomo VI, *Derecho de sucesiones*, Jaén, 1979, págs. 533-4), que afirma que el contador-partidor es cargo afín al del albacea y confundible con él. Igualmente M. Albaladejo (*El albaceazgo en el Derecho español*, Madrid, 1969, págs. 333 y ss.) considera que si el albacea es un ejecutor testamentario nombrado por el causante, el contador-partidor que éste designa para ejecutar el testamento en la parte relativa a la división del caudal, no es sino un albacea con la misión concreta de contar y partir. S. Díaz Alabart (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIV, vol. 2.º, pág. 177) es más tajante: el contador partidor es no ya algo parecido a un albacea, sino pura y sencillamente un albacea más. J. Batista Montero-Ríos («Estudios sobre la ejecución testamentaria», en *R.D.P.*, 1970, págs. 307 y ss.); José Luis Albácar y Miguel Pasquau Liaño (*Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, dirigido por J.L. Albácar López, tomo III, Madrid, 1991, pág. 121) dicen que el contador-partidor designado por el testador es, en realidad, un albacea cuyas funciones se limitan a las necesarias para la práctica de la partición.

³ R. López Vilas («Configuración jurídica del albacea en Derecho español», en *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, tomo VI, Pamplona, 1969, pág. 380), que dice que el hecho de que por expreso deseo del testador y en virtud de su voluntad soberana el albacea pueda ostentar en ocasiones las funciones de administrador y de contador-partidor no es óbice para ignorar la distinta entidad y naturaleza de cada una de ellas. I. Sáenz de Santamaría Tinture («Notas sobre los albaceas y contadores partidores. Analogías y diferencias», en *A.D.C.*, tomo VI, 1953, págs. 385 y ss.), para quien aunque entre ambos cargos haya grandes analogías, no puede pensarse que sean idénticos. T. Ogáyar y Ayllón («Contadores-partidores mancomunados. Caducidad de su nombramiento», en *R.G.L.J.*, tomo 207, 1959, pág. 758) basa la distinción en el Código, que regula la figura del contador en precepto distinto de los destinados al albaceazgo, reconociendo que no se trata del mismo cargo, sino de uno distinto que tiene una única y especial función: la de partir. J. Puig Brutau (*Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. 3.º, Barcelona, 1991, págs. 401 y ss.), que sigue a J. Castán y a Ogáyar en que son cargos diferentes. A. Díaz Soler (*El contador partidor testamentario*, Madrid, 1996, págs. 50 y ss.) que sostiene que el contador partidor y el albacea son dos cargos distintos no sólo por la función que desarrollan, sino por las sustanciales diferencias que existen entre ellos. M. Clemente Meoro (AA.VV., *Derecho de Sucesiones*, coordinado por V.L. Montés, Valencia, 1992, págs. 630 y ss.) señala que el art. 1.057.1 se refiere a aquella persona a quien se ha encomendado la simple facultad de hacer la partición, no otras misiones; y que tal función tiene efectiva especificidad y determina la aplicación de un régimen propio (significativamente que el encargado no pueda ser uno de los coherederos, a diferencia de lo que sucede, en general, con el albacea); y que tal ejecutor puede coexistir con otros, a los que llamaremos albaceas. M. de la Cámara Álvarez, *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, pág. 417: se trata de cargos distintos que pueden confluir, y de hecho confluyen muchas veces en la misma persona. A. Román García (*Instituciones de Derecho civil*,

mativa, deban aplicársele las reglas del albaceazgo. Son oficios diferentes que pueden perfectamente concurrir en una misma ejecución y es ahí donde está el problema: en la delimitación de lo que debe hacer uno u otro. La propia designación de «albaceas contadores-partidores», en el supuesto que estamos examinando, supone dos oficios distintos; porque en caso contrario bastaría con designar «albaceas». No obstante, como ya dijimos, ambos cargos están asignados a las mismas personas.

Por testamento, les fueron atribuidas «las más amplias facultades, especialmente las de entregar los legados y las derivadas del art. 1.057 del Código civil», que establece en su párrafo primero que «*El testador podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.*» Por lo tanto, al no haber especificado más los testadores, tendrán, como albaceas, las facultades legales del art. 902; y en cuanto contadores-partidores, y siguiendo a Carlos Lasarte⁴, estarán facultados para todo lo necesario respecto a la partición y, en particular, para realizar el conjunto de las operaciones particionales conforme a las previsiones testamentarias, en su caso; también, si resulta necesario, practicar la liquidación del régimen matrimonial de gananciales (o cualquier otro de carácter consorcial) junto con el cónyuge viudo y sin necesidad de que participen los restantes llamados a la herencia; respetar en las tareas particionales la homogeneidad de los lotes, establecida en el art. 1.061; y, si por aplicación del art. 1.062, resultara conveniente adjudicar a cualquiera de los coherederos una cosa indivisible, podrá hacerlos por sí mismo, así como fijar y determinar los gastos de partición (art. 1.064).

Una de las cuestiones que se plantea la Dirección General, es si los albaceas contadores-partidores pueden, una vez otorgada escritura de partición hereditaria, realizar una adición a la herencia, por medio de una nueva escritura, incluyendo el bien que se omitió en la primera. Analicémoslo en el siguiente epígrafe de este comentario.

II. Adición a la herencia

En nuestro caso, los albaceas contadores-partidores otorgan por escritura la partición de las herencias de D. Luis O. E. y su esposa, habiendo inventariado los bienes y formado los lotes correspondientes. Pero un año después, otorgan una nueva escritura para «rectificar, completar y aclarar» la primera partición porque en el inventario se omitió por error una partición indivisa de una finca,

tomo VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1999, pág. 103) que afirma que en nuestro Derecho sucesorio están delimitadas las competencias del albacea y del contador-partidor, puesto que este último tiene encomendadas exclusivamente funciones particionales, mientras que al albacea se le asignan cometidos en relación a la ejecución y respeto de la voluntad testamentaria; aunque técnicamente resulte posible que el testador le encomiende también funciones de contar y partir el caudal relicto, con lo cual eventualmente en estos casos se acumularían los dos cargos, esencialmente distintos, en una sola persona.

⁴ *Principios de Derecho civil*, tomo VII, *Derecho de sucesiones*, Madrid, 1998, pág. 409.

que, no obstante, ya había sido tenida en cuenta en las hijuelas por los ejecutores y por tanto, se integraba en los haberes de dos de los tres coherederos. El registrador denegó la inscripción, entre otras causas, porque no se valoraba individualmente la finca, cuestión que fue confirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Efectivamente, como dice el Fundamento de Derecho segundo de la Resolución, la valoración individualizada de todos y cada uno de los bienes que integran el caudal partible, es una de las operaciones inherentes al cometido del albacea contador-partidor de la que no puede prescindirse.

Según el art. 1.079, «*La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.*» Vemos que el Código se inclina por el favor *partitionis*, y el error en la omisión de algún bien no implica la nulidad o la rescisión, medidas demasiado radicales⁵. Pero, si la partición inicial fue realizada con absoluta igualdad⁶, es lógico que el nuevo bien se parta con la misma escrupulosa igualdad, porque es sospechoso que, como se desprende de los hechos, la parte indivisa de la finca se vendiese posteriormente por un valor catorce veces superior al de todo el caudal relicto y fuese precisamente, al heredero incapaz a quien no se le adjudicase parte alguna de dicha finca en las hijuelas. En caso contrario, podríamos estar ante un supuesto de rescisión por lesión del art. 1.074 que dispone que «*Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.*» O ante la nulidad que prevé el art. 1.075 cuando la partición hecha por el testador perjudique las legítimas⁷.

III. Existencia de un coheredero incapaz

Por lo que se desprende de los hechos, uno de los coherederos, D. Francisco O. H., era incapaz; en los testamentos de sus padres se decía que «siendo su

⁵ Félix Hernández Gil, «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por comisario», *Revista de Derecho Privado*, 1968, pág. 533.

⁶ El art. 1.061 C.c. dispone que en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos bienes de la misma naturaleza, especie o calidad. Esta regla no vincula al testador cuando es él mismo quien efectúa la partición, pero en el caso de contador-partidor éste debe atenerse a lo establecido por dicho precepto (M. de la Cámara Álvarez, *op. cit.*, págs. 419-20).

⁷ Entienden J.L. Lacruz Berdejo y F. Sancho Rebullida (*Elementos de Derecho civil*, tomo V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988, pág. 174) que, por identidad de razón, también será nula, cuando lesione las legítimas, la partición por contador; y ponen como ejemplo la S.T.S. de 31 de mayo de 1980, que establece que «evitando interpretaciones rígidamente literales, que procede la rectificación particional aunque la lesión de la legítima no exceda de la cuarta parte, en atención al respeto que en todo caso merece esa cuota como institución que es de Derecho necesario y por lo tanto de rigurosa inviolabilidad; (...) y a la obvia consideración de que el comisario viene facultado por el causante para dividir los bienes de la herencia, pero en manera alguna para alterar los actos dispositivos contenidos en el testamento, como acontecerá si merma con las adjudicaciones la porción legítimaria respetada por el testador».

hijo Francisco subnormal, se designa por el mismo el organismo titular, y se nombra tutor al coheredero D. Ramón O. H., así como el protutor y Consejo de Familia». El art. 1.057 en su tercer párrafo establecía que «*Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela; pero el comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios*»⁸. Sin embargo, en la escritura no se acredita legalmente la incapacitación, ni el nombramiento de tutor ni la citación del representante legal, por lo que se deniega su inscripción. No es suficiente que los albaceas contadores-partidores manifiesten de manera genérica que han dado cumplimiento a lo establecido en el último párrafo del art. 1.057.

Señala Puig Brutau⁹ que la citación a los herederos menores o sujetos a tutela ha de hacerse en la persona de sus representantes legales, esto es, a sus padres (y, en caso de contraposición de intereses, a su defensor judicial) o al tutor. Pero como designaron tutor a su hermano, existirían intereses contrapuestos, por lo que sería necesario nombrar un defensor judicial¹⁰. Añade el precitado autor que la citación es indispensable, pero no lo es la asistencia a la diligencia de formación de inventario de los herederos o de sus representantes legales; o sea, basta que sean citados, comparezcan o no. Es suficiente que conste que la citación ha sido practicada por manifestación del mismo comisario o por declaración de los interesados. Para Lledo Yagüe¹¹ la citación es una medida de precaución tomada por el legislador en el exclusivo interés de dichas personas, y su falta u omisión no vicia de nulidad radical o absoluta las operaciones participacionales realizadas¹², pero sí de nulidad relativa o anulabilidad, la cual únicamente puede ser reclamada por aquellos en cuyo favor se ha establecido la garantía, esto es, por los coherederos, acreedores y legatarios¹³. Opina Ruiz Artacho¹⁴

⁸ Este párrafo ha sido modificado por la Disposición Final 18.ª 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y queda de la siguiente forma: «*Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas; pero el contador partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas*».

⁹ *Op. cit.*, págs. 430 y ss.

¹⁰ Pese a la contradicción existente entre este precepto y el art. 1.049 L.E.C., tanto la jurisprudencia como la doctrina se muestran unánimes en admitir que el Código civil derogó el art. 1.049 L.E.C. y, por tanto, las particiones realizadas por contadores partidores nombrados por el causante, si en ellas está interesado algún menor, incapacitado o ausente, no precisan autorización judicial.

¹¹ *Derecho de Sucesiones. La comunidad hereditaria y la partición de la herencia*, vol. IV, Bilbao, 1993, págs. 88 y ss.

¹² En contra, siguiendo a F. Hernández Gil, M. Clemente Meoro, *op. cit.*, pág. 641: «el incumplimiento del art. 1.057.3 determina la nulidad de la partición invocable por cualquier interesado en la herencia y apreciable de oficio».

¹³ En el mismo sentido se pronuncia J. J. Tapia Parreño, «La partición. Concepto y clases», *Derecho de sucesiones. Donación*, dirigido por J. L. Seoane Spiegelberg, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, marzo de 1995, págs. 67-8.

¹⁴ «Partición de herencia por comisario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 287, abril 1952, págs. 249 y ss.

que la comparecencia de los citados no se ha de limitar al simple acto de presencia; nada se opone a que puedan hacer al comisario las indicaciones o sugerencias que crean oportunas, así como solicitar del mismo la inclusión o exclusión de determinados bienes o deudas cuando así lo estimen preciso. Pero, continúa, tampoco puede privarse al comisario del derecho a solicitar de los interesados los antecedentes, documentos o noticias que considere necesarios tanto para la formalización de inventario como para cualquiera de las demás operaciones de la partición; ahora bien, en lo que hay que tener sumo cuidado en esta clase de particiones por comisario es en no confundir la intervención de los herederos con los convenios, pactos o contratos que puedan celebrar con los contadores y aquéllos entre sí, ya que ello les hace cambiar de naturaleza, convirtiendo la partición por comisario, acto unilateral, en partición contractual entre herederos, con las consecuencias que de una y otra derivan.

A efectos probatorios, es conveniente consignar la forma en que la citación se haya hecho, aunque su omisión no viciaría la partición: basta que el comisario afirme en los pliegos particionales que las oportunas y necesarias particiones han tenido lugar, o también 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 herencia¹⁵.

Apuntan J. L. Albácar y M. Pasquau Liaño¹⁶, que en la mayoría de los casos, la práctica de inventario no va a derivar de la exigencia de este párrafo, sino de que los representantes legales del menor o del incapacitado aceptarán por ellos la herencia a beneficio de inventario, lo que ya comporta la necesidad de su realización.

En el supuesto fáctico no se produjo ninguna de estas circunstancias, los albaceas contadores-partidores se limitaron a manifestar que habían cumplido con lo dispuesto en este precepto. Si a esto añadimos que, por motivos registrales, los arts. 9 y 21 de la Ley hipotecaria exigen una identificación completa de los titulares de los derechos que se quieren inscribir, cosa que, por supuesto tampoco se hizo, puesto que debería haberse hecho constar la incapacidad y la identidad del representante legal, es consecuentemente comprensible que la Dirección General desestimase el recurso.

Tras el análisis de esta Resolución, podemos concluir que la Dirección General de los Registros y del Notariado se muestra muy escrupulosa en el cumplimiento de los requisitos legales para la inscripción de una escritura, sobre todo en supuestos, como el presente, en que se aprecian maniobras dudosas de los albaceas contadores-partidores junto con dos de los coherederos para posiblemente perjudicar al heredero incapaz (o en proceso de incapacitación), que no ha tenido en ningún momento posibilidad de defender sus derechos.

¹⁵ E. Escobar de la Riva, «Partición por Comisario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1940, pág. 410.

¹⁶ *Op. cit.*, pág. 1212.