



JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ
Secretario Judicial

ENUNCIADO

Don Juan hizo testamento abierto ante Notario el 28 de febrero de 2001, siendo las siguientes sus disposiciones testamentarias:

- a) Lega a su esposa la cuota viudal usufructuaria para que se le pague en efectivo metálico.
- b) Lega a su hija el tercio de libre disposición en pleno dominio y el tercio de mejora en nuda propiedad, facultando a su hija para pagar en metálico a su madre el valor del usufructo que grava el tercio de mejora, que corresponde como legítima a su esposa.
- c) Instituye y nombra como únicos herederos de todos sus bienes y derechos, por terceras partes iguales a su hija y a sus dos hijos varones, manifestando expresamente que no desea que sus hijos traigan a colación ninguno de los bienes donados a cualquiera de ellos en vida. La herencia estaba integrada por varias fincas, depósitos bancarios y acciones en cuantía importante.

En dicho testamento, el testador designó albacea comisario contador partidor en la persona de un abogado amigo suyo de toda su confianza, al que instituyó otorgándole las más amplias facultades posibles y entre ellas las de valoración de inventario, avalúo, realización de lotes, pago y entrega de legados, adjudicación de todos los bienes e incluso enajenación de bienes necesarios para el cumplimiento de su voluntad. El cargo de albacea será retribuido.

El 7 de marzo de 2001 fallece el testador y el 20 de junio de 2002 comparece el partidor ante Notario para protocolizar el cuaderno particional realizado, el cual ha sido realizado con conocimiento de los herederos y esposa, los cuales han sido requeridos notarialmente por el albacea para colaborar en la realización de operaciones particionales y en todo lo que las mismas conlleve, y siendo notificados de su resultado y adjudicación, si bien, por los dos hijos varones y la esposa, se rechaza el resultado de la misma y comunicándose por los mismos al albacea que no aceptan la partición realizada.

El día 15 de octubre de 2004, por la esposa del testador se presenta demanda de proceso especial de liquidación del régimen económico-matrimonial de los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil siendo demandados en tal proceso los tres hijos de la demandante, solicitando la formación de inventario como primera actuación. En dicha demanda, de forma somera y sin aportación documental alguna, se expresa en uno de sus hechos, que el albacea fue nombrado por su esposo fallecido y que realizó una partición excediéndose en sus funciones y sin su consentimiento, pero sin aportar documento alguno de la partición y sin mayores detalles que la referencia citada.

En fecha 15 de enero de 2005 se señaló la comparecencia de los interesados para la formación de inventario, y comparecidas todas las partes, por la hija codemandada se aportaron todos los documentos de la partición realizada y rechazando la posibilidad de entrar a iniciar la formación de inventario, exigió que a la vista de los documentos aportados, se acordase el archivo del procedimiento, por carecer de objeto al estar liquidado el caudal hereditario.

¿Qué debemos hacer? ¿Debe continuarse con la tramitación del proceso de liquidación de gananciales o debe archiversse de inmediato?

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Naturaleza del cargo de albacea contador partidor, designado por el testador en testamento en persona de su confianza.
2. Citación a los coherederos para realizar la partición por el albacea. Efectos jurídicos de la postura de éstos al no participar en ella.
3. Vías legales para impugnar el cuaderno particional del partidor.

SOLUCIÓN

A la vista de los hechos que nos son aportados por el caso, lo primero que destaca es que los hechos y documentos que permitían saber que ya existió una partición y adjudicación de bienes integrantes del caudal relicto, han sido conocidos, merced a las aportaciones documentales de la hija coheredera demandada, siendo ya en sí mismo un hecho francamente revelador, la actitud de ocultación de extremos fácticos por la esposa del finado. Adelantando ya la solución que vamos a postular para dar respuesta a nuestra pregunta planteada, entendemos evidente que estos autos deben ser archivados de inmediato al haberse practicado por el albacea por su nombramiento, la totalidad de operaciones que constituyen las pretensiones de la parte actora.

La respuesta a la pregunta del caso debe quedar claro que no puede llegar a entrar ni en sí las operaciones practicadas por el albacea han sido verificadas correctamente o no, ni si la valoración

de las fincas y su reparto ha sido el correcto, con arreglo a las disposiciones testamentarias del finado, y haciendo ver a los distintos interesados que esta respuesta a dar al caso presente, sólo decide sobre si los autos de liquidación de gananciales que ha promovido la viuda del fallecido deben continuar con su prosecución o deben ser sobreesidos a la vista de los extremos que la hija de la actora ha dado a conocer.

La estrategia procesal adoptada por la demandante ni es aceptable ni es aceptada por nuestro ordenamiento. Lisa y llanamente, lo que ha hecho la actora, es lo que coloquialmente podría sintetizarse con esta máxima: como no me parece bien lo hecho por el albacea en su actividad de partición hereditaria, insto la misma actividad que ya está realizada modificando su envoltorio jurídico para llamarlo liquidación de gananciales, aunque reconozco la legítima existencia de un albaceazgo instituido por el difunto, pero intentando por todos los medios ocultar cualquier detalle al Juzgado sobre lo ya adjudicado con mínima y somera referencia a su existencia.

Esto carece de toda cobertura legal en nuestro derecho, que para discrepar de un albacea, o de su partición, ha creado los procedimientos legales adecuados, que no son los instados por la actora. La propia jurisprudencia, confirma tal realidad jurídica indiscutible, pues a las acciones de nulidad de la partición se le aplican las normas generales de la invalidez del negocio jurídico, pero no la promoción de una nueva partición; en la jurisprudencia son abundantes los casos en que la actividad del albacea contador partidador ha sido condicionada por el propio testador en el sentido de no permitir al mismo por su sola voluntad, la realización de la valoración y adjudicación de los bienes del caudal, pero nuestro caso carece de parecido ni remoto con aquéllos, pues en él las facultades del albacea son claras en cuanto a su alcance y cometido, y sin que en ellas sea precisa la voluntad de los coherederos para verificar la partición.

El albacea para realizar su partición (salvo que otra cosa conste en el testamento) no precisa de la voluntad ni de la aceptación de los coherederos para realizar su inventario y adjudicación y de no aceptarse ello, el albacea siempre estaría condicionado en su autonomía al consentimiento de los coherederos y legatarios, los cuales, con una simple postura obstruccionista ante el contador, le impedirían verificar sus operaciones de partición y liquidación, que es tanto como decir que lograrían impedir la ejecución en sus términos del testamento, y recuérdese que es la voluntad del testador la que ha de ser ejecutada pues para eso hizo el testamento ante Notario; lo que en todo caso debía hacer era llamarles para colaborar con él en la realización de su tarea como contador, de modo que con ello les da la ocasión de ser escuchados (ello lo ha cumplido sobradamente), pero sin que la negativa a colaborar o la falta expresa de aceptación tenga efectos jurídicos para la tarea del albacea, más allá de los efectos que los Tribunales determinen con ocasión de las acciones tendentes a la nulidad, ineficacia, anulabilidad o rescisión de la partición [arts. 1.073 a 1.081 del Código Civil (CC)], que son las únicas posibles que tiene a su disposición la actora para atacar todo aquello de lo hecho por el contador en lo cual discrepe, pero no intentar otra partición y liquidación de lo que ya está partido y liquidado.

El Tribunal Supremo (TS) en una sentencia recientísima de 25 de noviembre de 2004, lo ha vuelto a reiterar claramente al decir que las operaciones particionales realizadas por el contador par-

tidor equivalen a las practicadas por los propios testadores, sin precisar el consentimiento de los interesados al no tener carácter contractual, a diferencia de la hecha por los coherederos; no hay preterición de los coherederos al hacer la partición en esta modalidad, si habiendo sido citados han rechazado comparecer, pretendiendo que su mero repudio de lo hecho por el albacea, pueda tener efectos jurídicos fuera del ámbito de las acciones encaminadas a impugnar lo hecho.

Como dice la STS de 8 de marzo de 1999, los herederos han de ser citados al acto de inventario, pero sólo citados, pues su no concurrencia pese a la llamada de los mismos, no puede ser interpretado en clave procesal como hecho impeditivo de la prosecución de la partición (en tal sentencia se anuló una partición por falta de citación de los herederos).

Debe recomendarse a los interesados y lectores la STS de 13 de abril de 1992, sobre la naturaleza de confianza del cargo de albacea y las acciones y causas de remoción del albacea (no existen en el CC) que la jurisprudencia ha ido perfilando, pero en la cual se destaca el carácter personalísimo del cargo de albacea. Todas las sentencias examinadas para la decisión de este caso tienen un denominador común: quien se considere perjudicado en cualquier sentido por una partición ha de emprender las acciones que considere convenientes para impugnarla (nulidad, anulabilidad o rescisión) pero entre esas acciones no está la de promover otra nueva partición sin atacar la legítimamente vigente, cuando el difunto quiso expresamente que fuera un contador (y no el Juez) quien la hiciera. Como indica la STS de 27 de octubre de 2000, las operaciones particionales del contador no producen efecto de cosa juzgada, y son atacables con las acciones pertinentes, pero sin que pueda acudir al Juez para que parta y liquide suplantando la voluntad del testador en un caso como éste, en que el finado dejó muy claro antes de morir quién quería que hiciese esa partición y liquidación.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 901 y 1.073 a 1.081.
- SSTS de 8 de noviembre de 1999, 27 de octubre de 2000, 13 de abril de 2002 y 25 de noviembre de 2005.