

## Partición del contador partidor sin consentimiento de legitimario

**Adelaida Medrano Aranguren**

*Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

### Extracto

En este caso, la cuestión jurídica que se trae a colación es la de la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad de un cuaderno particional realizado por los contadores partidores designados por el testador, en el cual se ha prescindido del consentimiento de uno de los legitimarios que no había sido instituido heredero en el testamento. Con carácter general, el legatario que es también legitimario debe intervenir y consentir la partición practicada por los herederos, pues lo contrario podría permitir que se repartiase la herencia sin tener en cuenta sus derechos legitimarios. Ahora bien, la partición realizada por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones, las cuales no se alteran por la comparecencia de alguno de los herederos, ni siquiera por la concurrencia de todos ellos si el testador hubiera ordenado la intervención del contador partidor, incluso existiendo un acuerdo de los herederos respecto de la forma de realizar la partición. Solo los tribunales de justicia son competentes para declarar la disconformidad de proceder del contador.

**Palabras clave:** sucesiones; cuaderno particional; contador partidor.

Fecha de entrada: 14-12-2020 / Fecha de aceptación: 28-12-2020

## Enunciado

Mediante escritura autorizada por el notario de Granada don XXX, el 6 de noviembre de 1998, se aprobaron y protocolizaron las operaciones particionales de la herencia de don J. O. M. Esta escritura fue otorgada por la viuda del causante, doña M. C. J. P. y los albaceas contadores-partidores nombrados por el causante en su testamento.

En el testamento, otorgado el 7 de abril de 1998, el causante manifestó tener seis hijos; legó a su cónyuge el usufructo universal o el tercio libre de su herencia a su elección, y manifestó que su hijo don J. A. O. J. había percibido en vida del causante «la legítima que le pudiera corresponder, mediante el pago de diversos préstamos con la Caja Rural de Granada y la Caja general de Ahorros de Granada, cuya suma supera los 3.000.000 de pesetas, entre principal e intereses»; a continuación instituyó herederos a los restantes cinco hijos, y nombró albaceas contadores partidores, con las facultades del artículo 1.057 del Código Civil a don F. A. T. R., don M. G. Z. y doña M. T. M. G., mancomunadamente a dos cualquiera de ellos. En las operaciones particionales se adjudica a la viuda la mitad indivisa de todos los bienes en pago de sus gananciales, y el usufructo de la mitad restante, cuya nuda propiedad se adjudica a los citados cinco hijos nombrados herederos.

En escritura complementaria de la anterior, otorgada ante el mismo notario el 26 de junio del 2001, la viuda y los contadores-partidores realizan determinadas precisiones sobre la deuda de don J. A. O. J. derivada de los préstamos referidos, protocolizando determinados documentos bancarios para acreditar el pago de dicha deuda por los causantes.

En escritura autorizada por el notario de Granada don XXX el 5 de octubre de 2018, se ratifica el cuaderno particional de la herencia de don J. O. M., adicionando a la misma un bien omitido en la citada escritura de 6 de noviembre de 1998, de carácter ganancial (una participación indivisa de 2,28 % que se concreta en un aparcamiento y participación indivisa de 0,620 % que se concreta en un trastero, finca registral 2/49.511); y por haber

fallecido –el 9 de julio de 2018– la viuda doña M. C. J. P., se aprueba la partición de su herencia en cuanto a la mitad indivisa de otra finca que adquirió por herencia de su citado esposo, adjudicándose a don J., don F. J., doña M. E., doña R. M. y don V. O. J., por quintas partes indivisas, en pleno dominio el caudal relicto. Esta escritura fue otorgada por los cinco herederos y dos de los contadores partidores, y en ella se expresa que, existiendo falta de acuerdo entre los llamados a la sucesión de ambos causantes, los albaceas contadores-partidores fueron requeridos por tales herederos para que confeccionaran el cuaderno particional de ambas herencias con las correspondientes adjudicaciones a los herederos. Y en el propio cuaderno particional que se protocoliza se expresa que, habiendo acuerdo de los cinco hijos instituidos herederos, pero no con don J.A.O.J., los albaceas contadores, previo requerimiento en cumplimiento de lo dispuesto en el testamento, confeccionaron dicho cuaderno particional.

¿Puede inscribirse en el Registro de la Propiedad esta partición de herencia hecha por los contadores partidores sin la concurrencia y consentimiento de uno de los hijos?

Cuestiones planteadas:

- Efectos registrales de la partición hecha por el contador partidor designado por el testador en caso de falta de acuerdo entre herederos.
- Efectos en la partición de la falta de consentimiento de un legitimario. Interpretación del artículo 1.057 del CC.
- Planteamiento jurídico y argumentos en la jurisprudencia.

## Solución

La cuestión que se plantea en este caso es la discusión jurídica entre la necesidad de consentimiento de todos los legitimarios para realizar la partición de la herencia, aunque fuere realizada por los contadores partidores designados, y la propia fuerza de esa partición ante el Registro de la Propiedad; ¿puede prescindirse del consentimiento de un legitimario?

Ciertamente, la especial cualidad del legitimario en nuestro derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de la misma (art. 1057, párrafo primero, del Código Civil), de la que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos.

En efecto, la legítima en nuestro derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una *pars bo-*

*norum*, y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o *pars valoris bonorum*. De ahí que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima (cfr. las resoluciones de 1 de marzo de 2006, 25 de febrero de 2008, 13 de junio de 2013, 15 de septiembre y 29 de diciembre de 2014, 2 de agosto de 2016, 10 de abril y 29 de junio de 2017, 22 de febrero, 5 de julio, 17 de septiembre y 31 de octubre de 2018 y 14 de febrero de 2019, entre otras citadas en el apartado «Vistos» de la presente). Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados (*vid.* resoluciones de 25 de febrero de 2008, 9 de marzo de 2009, 6 de marzo de 2012 y 12 y 16 de junio y 4 de julio de 2014).

La necesaria intervención del legitimario ha sido exigida, entre otras, por la STS de 8 de marzo de 1989, que reconoce las acciones que corresponden a los legitimarios: se reduce en determinar si cabe la posibilidad de ejercicio por uno o varios herederos forzosos de la acción de complemento de la legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario y, por tanto, antes de conocerse a cuánto asciende el importe de la legítima estricta correspondiente a cada heredero, por lo que se puede producir una infracción del artículo 818 del Código Civil en relación con el 657 y aplicación indebida de los 1.075 y 1079 en relación con los 1.056 y 818. Incluso tratándose de partición hecha por contadores partidores, en la ejecución de la misma «será cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global [...], ha percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta». Así pues, no es posible ejercer las acciones de rescisión o de complemento en su caso sino hasta saber el montante del *quantum* o valor pecuniario que, por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento y fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con la deducción de las deudas y de las cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del Código Civil, lo que permite la práctica de las pertinentes operaciones particionales. También la sentencia de 18 de julio de 2012 pone de relieve que el legatario que es también legitimario debe intervenir y consentir la partición practicada por los herederos, pues lo contrario podría permitir que se repartiese la herencia sin tener en cuenta sus derechos legitimarios.

No cabe dejar al legitimario la defensa de su derecho a expensas de unas «acciones de rescisión o resarcimiento» o la vía declarativa para reclamar derechos hereditarios y el complemento de la legítima, ejercitables tras la partición hecha y consumada, lo que puede convertir la naturaleza de la legítima de derecho común, que por reiteradísima doctrina y jurisprudencia es *pars bonorum*, en otra muy distinta (*pars valoris*), lo que haría que el legitimario perdiese la posibilidad de exigir que sus derechos, aun cuando sean reducidos a la legítima estricta y corta, le fueran entregados con bienes de la herencia y no otros. Y esta doctrina se aplicará aun cuando se haya citado a los legitimarios fehacientemente y

no hayan comparecido, ya que conforme reiterada doctrina de este centro directivo, la circunstancia de citación a los legitimarios para formación del inventario no altera la necesidad de su consentimiento.

Como afirmó la doctrina de la DGRN en Resolución de 2 de agosto de 2016, cuando la legítima es *pars hereditatis*, *pars bonorum* o *pars valoris bonorum*, el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, puede interponer el juicio de testamentaria y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador partidor. Por lo tanto, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057, párrafo primero, del Código Civil), y aunque el testador considere que el legitimario ha sido satisfecho en sus derechos, la comparecencia e intervención de este es inexcusable, a fin de consentir las operaciones particionales de las que resulte que no se perjudica su derecho de carácter forzoso.

En el presente caso las anteriores consideraciones no pueden impedir la inscripción pretendida porque la partición es realizada por los albaceas contadores partidores. Como ha quedado expuesto, los albaceas contadores, en cumplimiento de lo dispuesto en el testamento, confeccionaron el cuaderno particional y la intervención de los herederos, en los términos que se han detallado en el relato fáctico, no desvirtúa el carácter unilateral propio de las particiones practicadas por contador partidor, que no requieren de la aprobación de los herederos y legitimarios.

Lo que ocurre en este caso es que, a pesar de la unidad documental que representa la escritura pública otorgada, en la misma se formaliza una pluralidad negocial. El instrumento público que da origen a este recurso solemniza, además de la partición, otros actos como la aceptación de la herencia y la aceptación de las adjudicaciones particionales. Mas la concurrencia en un solo documento de esta diversidad negocial no borra ni desdibuja la autonomía de cada acto, y especialmente la autonomía y unilateralidad de la partición, ni los efectos que le son propios.

Reiteradamente ha señalado este centro directivo –cfr. resoluciones de 27 de diciembre de 1982, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio de 2003, 13 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007 y 4 de octubre de 2017 y 28 de febrero de 2018, entre otras– que la partición realizada por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones, las cuales no se alteran por la comparecencia de alguno de los herederos, ni siquiera por la concurrencia de todos ellos si el testador hubiera ordenado la intervención del contador partidor incluso existiendo un acuerdo de los herederos respecto de la forma de realizar la partición. Por lo demás, debe recordarse que esta dirección general, en Resolución de 11 de julio de 2013, puso de relieve que solo cuando la intervención conjunta de los herederos junto con el contador-partidor no se limite a aceptar la herencia –o las adjudicaciones–, la intervención de aquellos introduce un factor que altera el carácter unilateral que tiene la partición practicada por conta-

dor-partidor, transformándola en un verdadero contrato particional y haciendo, por tanto, necesaria la intervención de todos los interesados en la herencia.

Por otra parte, la restrictiva expresión «la simple facultad de hacer la partición» que contiene el artículo 1.057 del Código Civil se interpreta con flexibilidad, de suerte que se incluyan entre las facultades del contador-partidor aquellas que hayan de ser presupuesto para el desempeño de esa función de contar y partir. En este sentido debe entenderse que puede proceder a liquidar junto con el cónyuge viudo la disuelta sociedad de gananciales, a inventariar y valorar los bienes relictos y fijar, cuantificándolos, los derechos de los interesados sobre la masa relicta, con sujeción al testamento y la ley, aceptando por tanto las disposiciones del testador por las que de por pagados de sus derechos legitimarios a sus herederos forzosos o aquellas por las que ordene que del haber correspondiente a los legitimarios se descuenta lo que en vida han percibido estos del testador.

Como ya se puso de relieve en Resolución de 24 de marzo de 2001, la partición realizada por el contador-partidor en el ámbito de su marco competencial configurado por la simple facultad de hacer la partición –en la que cabe incluir las operaciones de inventario del activo y del pasivo, con la correspondiente calificación de la naturaleza privativa o consorcial de sus elementos, avalúo, formación de lotes o hijuelas y su entrega y adjudicación a los interesados– está integrada por las otras facultades legales si también es albacea y por las demás que le fueren atribuidas testamentariamente, y que es válida y produce todos los efectos que le son propios mientras no se impugne judicialmente, de forma que solo los tribunales de justicia son competentes para declarar la disconformidad de proceder del contador con lo querido por el testador, debiendo estarse, mientras tanto, a la partición realizada por estos. En Resolución de 13 de octubre de 2005, relativa a la partición y adjudicación de la herencia de uno de los causantes a que se refiere –para adicionar determinado bien omitido en la partición– la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, ya se concluyó que «corresponde al albacea contador-partidor la interpretación de la voluntad del causante, así como la valoración de las donaciones realizadas y el análisis de su inoficiosidad, habiendo de pasarse por sus decisiones mientras no sean notoriamente contrarias a la ley o a lo dispuesto por el testador, circunstancias que no concurren en el presente caso».

También es doctrina reiterada de la DGRN (Resoluciones de 16 de septiembre de 2008, 14 de septiembre de 2009 y otras citadas en los «Vistos»), en interpretación del artículo 1.057 del Código Civil, que las particiones realizadas por el contador-partidor, al reputarse como si fueren hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles, sin necesidad de la aprobación de los herederos o legatarios, por lo que en principio causan un estado de derechos que surte todos sus efectos mientras no sean impugnadas; esta partición realizada por el contador-partidor es inscribible por sí sola sin necesidad de la concurrencia de los herederos, siempre que no resulte del título particional extralimitación en sus funciones, sin perjuicio, claro está, de las acciones que posteriormente puedan ser interpuestas. Desde la Resolución de 24 de marzo de 2001, cuya doctrina ha sido reiterada en numerosas otras, no puede mantenerse el defecto de falta de consentimiento de los herederos

legitimarios, cuando la partición ha sido otorgada por el contador-partidor designado por el testador; y esta partición es válida mientras no se impugne judicialmente, de forma que solo los tribunales de justicia son competentes para, en su caso, declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse a la partición por ellos realizada.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 818 y 1.057.
- Resoluciones de la DGRN (hoy DGSJ y FP) de 24 de marzo de 2001, 4 de octubre de 2017 y 28 de febrero de 2018.