

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La partición de herencia hecha por contador-partidor :
algunos extremos de la misma**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Luis Fernando Pérez Morais

Madrid, 2015

Rd. 63.976

579

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

LA PARTICION DE HERENCIA HECHA POR CONTADOR-PARTIDOR

(Algunos extremos de la misma)



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Tesis de grado para optar por
el título de Doctor en Derecho

LUIS FERNANDO PEREZ MORAIS

1.979

I N D I C E

	<u>Pág.</u>
Introducción	1.
 <u>CAPITULO PRIMERO</u> <u>El inventario y el avalúo</u> <u>SECCION PRIMERA</u> <u>El inventario</u>	
1. Finalidad	3
2. Contenido	4
3. Forma	4
4. Exclusión e inclusión de bienes	7
1. Pendiente de una condición	7
2. Bienes de dudosa propiedad	7
5. Intervención de interesados	11
1. Intervención del cónyuge viudo y otros sujetos equiparables	11
2. Intervención de herederos mayores. Pueden prescindir del contador-partidor	14
a. Posición de la doctrina	15
b. Posición de la jurisprudencia	16
c. Exégesis de algunos artículos de la legis- lación civil y rituaría referentes al tema	22
3. Intervención de menores no emancipados y otros sujetos equiparables	24
4. Intervención de menores emancipados	28
5. Intervención de los ausentes	31
6. Formas y significado de la citación para el inventa- rio	32
1. Formas	32
2. Significado	33

SECCION SEGUNDA

El avalúo

7. Ideas generales	38
8. Significado	38
9. Finalidades	39
10. Criterios de valoración	40
11. Momento de practicarlo	42

CAPITULO SEGUNDO

La liquidación, la división y la adjudicación

SECCION PRIMERA

La liquidación

12. Finalidad	47
---------------------	----

SECCION SEGUNDA

La división

13. La división en el conjunto de la partición	43
14. Concepto y finalidad	48
15. La voluntad del testador y el libre arbitrio del contador partidor en la división	49
16. La jurisprudencia y el libre arbitrio del con- tador-partidor en la división	52
17. La doctrina y el libre arbitrio del contador- partidor en la división	54
18. Los herederos y el libre arbitrio del contador- partidor en la división	55
19. El artículo 831 del Código civil y el libre ar- bitrio	57
20. La división del cónyuge viudo según arbitrio del artículo 831 del Código civil	58

21. La imposibilidad del cónyuge viudo para dividir los bienes del difunto, si éste otorgó testamento	59
22. La división de los bienes de la herencia por el contador-partidor. Los elementos personales y materiales de esa división	60
1. Elementos personales de la división	61
2. Elementos materiales de la división	62
23. El artículo 1.061 del Código Civil	62
24. Impugnabilidad de la división realizada en desacuerdo con el artículo 1.061 del Código civil	64
25. Finalidad de los artículos 1.061 y 1.062 del Código civil	66
26. El artículo 1.062 del Código civil	67
1. La adjudicación de un bien indivisible o la ocasión de un perjuicio, si se fracciona, al bien o a los herederos	68
2. Los suplementos en dinero hereditario, la solicitud de venta de los herederos en almoneda y la voluntad del testador. Dos supuestos	69
3. Los suplementos en dinero no hereditario, la solicitud de venta de los herederos en almoneda y la voluntad del testador. Dos supuestos	72

SECCION TERCERA

La adjudicación

27. Idea general	76
28. Actos de disposición y de partición	77
29. La adjudicación de un bien hereditario a todos los herederos para pagar deudas es un acto de <u>partición</u>	78

30. La adjudicación de un bien hereditario a un heredero o a más de uno, pero no a todos, para pagar deudas, es un acto de partición	82
--	----

CAPITULO TERCERO

Invalidez de la partición hecha por contador-partidor

31. Ideas generales	87
32. Invalidez de la partición hecha por contador-partidor incurso en la prohibición del artículo 1.057. Matices que puede presentar	92
33. Invalidez de la partición si el contador-partidor no cursa la citación a que se refiere el artículo 1.057 párrafo segundo del Código civil....	102
34. Invalidez de la partición de herencia por ausencia o defecto en la representación de menores interesados en la herencia	108
35. Invalidez o adición de la partición de herencia por omisión de bienes hereditarios	115
1. Ideas generales.....	115
2. El aspecto subjetivo	116
3. El aspecto objetivo	122
36. Invalidez de la partición de la herencia por la inclusión en la misma de bienes ajenos	130
1. El ámbito interno de la herencia	133
2. El ámbito externo de la herencia	135
3. La igualdad en la partición de la herencia como medio de resolver la inclusión de bienes ajenos en la misma	140
a. La rectificación	141
b. La evicción y el saneamiento	142
c. La nulidad	142

37. Invalidez de la partición de herencia por preterición de un heredero. Dos supuestos	144
1. La preterición en función del incumplimiento de la voluntad del testador	144
2. La preterición en función del dolo o la mala fe	145
3. La igualdad de la partición de la herencia como medio de resolver la preterición de un coheredero en la misma	149
a. La rectificación	149
b. La indemnización	150
c. La nulidad	151
38. Invalidez de la partición de herencia por inclusión de un heredero que no lo es	152
1. Anulabilidad de la partición por incumplimiento de la voluntad del testador	152
2. La nulidad del artículo 1.081 del Código civil.	153
3. Ambito de aplicación del artículo 1.081 del Código civil	155
4. La partición adicional como solución a la adjudicación de bienes hereditarios a un heredero sin serlo	158
Conclusión	160
Notas	164
Bibliografía	221

INTRODUCCION

Esta monografía trata de describir en forma general y particular, a su vez, la partición de la herencia hecha por el contador-partidor. Lo anterior significa, que en la descripción general, la monografía utiliza cada una de las operaciones particionarles comunes a toda partición hereditaria, como patrón y elementos de enlace de una descripción particular, que hace referencia por su parte, a algunos aspectos de la partición de la herencia que realiza el contador-partidor. La finalidad de esa descripción general y particular es evitar una exposición de datos aislados de la actividad de contador-partidor, sin ninguna relación entre sí, para obtener al mismo tiempo, una comprensión general del tema. Por ello, hemos considerado pertinente, la división en capítulos y secciones que atienden el orden que deben seguir cada una de las fases de que consta el proceso particionario, con inserción de algunos de los actos que al contador-partidor compete realizar dentro de cada una de ellas. El capítulo tercero no requirió esa división en secciones, porque describe única e igualmente, algunos aspectos de la invalidez de la partición de herencia que realiza el contador-partidor, que no exigió aquella división.

La utilización de las operaciones particionales, comunes a toda herencia, como modelo y la inserción en ellas -

de algunos actos propios del contador-partidor, no significa un agotamiento del tema de la partición de la herencia que el contador-partidor realiza, por ello, el subtítulo - hace referencia a "(Algunos extremos de la misma)", con lo que queda claro, que la monografía deja un material de investigación propio de la partición que hace el contador-partidor, fuera de su alcance.

En el estudio del tema se han utilizado más de trescientas decisiones jurisprudenciales, entre sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones hipotecarias de la Dirección General de los Registros. Las opiniones de los escritores han sido de un valor inestimable, porque predeterminaron la mayoría de las veces, un mayor rigor científico en la apreciación de principios generales y particulares que sustentan la partición de herencia que hace el contador-partidor. Tanto el estudio de la jurisprudencia como el de la doctrina se ha emprendido de la más antigua a la más recientemente formulada, con el fin de buscar el desenvolvimiento de aquellos principios; por ello, las citas llevan un orden temporal que si se encuentra alterado, es para poner de relieve, que en la jurisprudencia o la doctrina de último citado, se encuentra una tendencia jurisprudencial ó doctrinal que prevalece o que, a nuestro juicio, es la más ajustada a la particular ejecución testamentaria del contador-partidor.

Capítulo Primero

El inventario y el avalúo

SECCION PRIMERA

EL INVENTARIO

1. Finalidad

La primera operación imprescindible en el procedimiento particionario es el inventario, el cual, por su forma y contenido constituye la materia prima de la que se nutren las demás operaciones particionales que le siguen y que tienen que realizarse para que se produzca el total finiquito de la partición.

En el sentido expuesto, es que podemos decir que la finalidad del inventario es reconstruir (1), lo que constituye la propiedad del difunto, comprensiva de todas aquellas relaciones jurídicas transmisibles (2), que permitirá al contador-partidor saber con qué cuentas los herederos para ser dividido entre ellos.

Desde el punto de vista del contador-partidor, la finalidad normal de la realización del inventario es la mencionada, pero su conformación implícitamente conlleva, una medida genérica de prevención: al fijarse el caudal relicto a través del inventario, cualquier ocultación o sustracción posterior a su práctica resulta evidente. Por ello es que una vez practicado por el contador-partidor, el inventario constituye una operación inconvencible, que permite el segu-

ro desarrollo normal de las demás operaciones particionales (3).

2. Contenido

Si el contador-partidor debe ajustarse a las normas dictadas por el testador en la formación del inventario -- artículos 1.045 y 1.047 L.e.c. -- en orden a los bienes que deben constar en el mismo para su división, en ausencia de reglas dictadas por el testador para la integración del inventario, el contador-partidor debe hacerlo de tal manera, que lo inventariado responda a la existente realidad de los bienes que ha de dividir. Esto significa que el inventario debe estar integrado para su eficacia, de todos aquellos bienes que representen un valor susceptible de llenar una necesidad psicofísica en los interesados a los fines de la partición. Un inventario no representativo de los valores de la herencia no tiene ninguna importancia y no está en armonía con los fines de la división.

3. Forma

El inventario no debe entenderse como una mera suma de objetos sin finalidad ordenadora, sino que de la palabra misma surge su noción técnica jurídica: "inventario no es tal, en sentido técnico jurídico, por no reunir las más elementales condiciones exigibles para ello, cuales son la relación exacta, detallada y completa de todos los bienes que constituyen el activo, apreciados en su valor real, así como la de todos los que integran el pasivo, también -

debidamente valorados, para poder fijar así el saldo parti
ble resultante; condiciones que son los que, en definitiva
refleja el párrafo primero del artículo 37 del Código de -
Comercio" (4).

De lo expresado se extrae que los bienes de la herencia
deben inventariarse observando una forma, cualquiera, que
haga posible la distinción y la diferenciación de los objeu
tos integrantes del relictum, con precisión y claridad. Con
ello el contador-partidor, se facilita a sí mismo no sólo-
el proceso divisionario, sino que produce como consecuencia
el fácil acceso del cuaderno particional a los registros,
cuando existen bienes registrables (5).

Por otra parte, salvo expresa disposición del testador
en contrario, el contador-partidor puede adoptar las si---
guientes formas, todas igualmente válidas, en la elabora-
ción del inventario:

1. Puede realizarlo por sí mismo mediante minuta y co--
piarlo luego en limpio, atendiendo la posibilidad de que -
no estén todos los bienes de la herencia en el lugar donde
practique el inventario, o bien, que no sean todos los bieu
nes de la herencia y haya duda acerca del verdadero dueño
o bien, tomando en cuenta, la existencia de derechos pen--
diente una condición, que amerite la exclusión e inclusión
de ciertos bienes del inventario.

2. Puede utilizar los servicios de un notario para que
mediante acta notarial practique el inventario. En este ca

so, la labor del notario auxilia en forma subordinada la labor del contador-partidor, no debiendo éste perder su autonomía e identidad, para evitar una delegación del cargo no querida por el testador.

3. Puede atemperarse a las normas de la ley rituarial, solicitando la intervención judicial - artículos 1.063 a 1.067-, no sólo para evitar que ciertos bienes sean sustraídos, sino previendo la posibilidad de que si realiza por sí mismo el inventario, su labor sea obstaculizada por algunos interesados, mediante la ocultación de ciertos bienes o en la falta de colaboración en la apertura de armarios, cofres baúles, etc. cuyo contenido sea de cierto valor y que por ello debe integrarse al inventario. La investidura de la autoridad judicial le servirá al contador-partidor como medidia de contención a todas aquellas voluntades contrarias a la voluntad del contador-partidor en la realización del inventario.

Caminero aboga para que el inventario extra-judicial que tiene que realizar el contador-partidor sea practicado conforme a aquellas normas procedimentales, pero no nos explica si tiene que seguir esas reglas por sí mismo o por el contrario, las actualiza la autoridad judicial previa solicitud del contador-partidor (6).

Sin embargo, como el contador-partidor puede seguir en la formación del inventario el método que mejor satisfaga sus intereses y los de la herencia en forma conjunta, puede, no

sólo solicitar la intervención judicial para que practique el inventario conforme a la ley rituarial, sino que también puede, practicarlo por sí, siguiendo las reglas de ésta, antes señaladas (7).

El art. 1.066 L.e.c. señala un orden que debe seguir el inventario de los bienes de la herencia, pero dicha norma no es obligatoria, porque los bienes de la herencia existentes, pueden no responder al orden exigido por la previsión de ese artículo; por eso, el inventario debe ser fiel reflejo de los bienes y no de un orden legal hipotético establecido; además de que la alteración de este orden no implique modificación ni en cantidad ni en valor del total de los bienes a que asciende el relictum, que siempre debe ser el mismo (8).

4. Exclusión e inclusión de bienes

1. Pendiente una condición

Cuando existen derechos sobre los cuales pende el cumplimiento de una condición, el contador-partidor debe estar atento a la producción de esa condición con sus efectos resolutivos o suspensivos, con el fin de excluirlos o incluirlos en el inventario.

2. Bienes de dudosa propiedad

No existe para el contador-partidor, un punto de Arquímedes desde el cual pueda decidir con certeza, en ausencia de documentos, sobre la dudosa propiedad de uno o de -

algunos bienes del testador. En este caso, debe sopesar juntamente con los herederos, al tenor del testamento ú otros elementos extrínsecos al mismo -- como por ejemplo la posesión del bien --, las circunstancias propias para entrever las posibilidades de éxito o de fracaso de una acción reivindicatoria. Así podrá, con cierto grado de certeza, excluir o incluir aquellos bienes de dudosa propiedad del difunto, en el inventario; sin embargo, la situación de estos bienes debe ponerla en evidencia el contador-partidor, desde el inventario hasta el momento de la partición, para que el adjudicatario del mismo - acreedores, herederos o legatarios - tome las medidas pertinentes juntamente con los demás interesados, en orden a la posibilidad de ser despojado.

Sobre el punto en cuestión, Escobar piensa que el contador-partidor no puede excluir ningún bien del inventario en perjuicio de los herederos; sin embargo, podrá hacerlo si tiene razones fundadas para ello, a fin de evitar la adjudicación de bienes ajenos, en éste sentido afirma, que el contador-partidor, para evitar conflictos entre los coherederos y una rescisión de la partición, debe decidirse entre dos caminos:

1. No adjudicar: únicamente de deja constancia de la situación que rodea a los bienes; y 2. Adjudicar proporcionalmente: en este caso, si se produce la exclusión del bien, el perjuicio resulta proporcional (9).

La segunda solución parece ser la más aceptable, por que la primera - el no adjudicar - coloca a los bienes indefinidamente en un estado de incertidumbre, que perjudica no solamente a los herederos deben devenir dueños, sino también, la labor del contador-partidor, que vería bloqueada su actividad, con peligro de que transcurra el plazo dentro del cual debe ejercerla, por unos bienes sobre los cuales además, no está facultado para prolongar su estado de indivisión.

El mismo autor, parece inclinarse por la necesidad del consentimiento de los coherederos en la solución de este punto (10).

En cuanto a sí debe o no el contador-partidor requerir el consentimiento de los coherederos, en orden a la exclusión o inclusión de bienes en el inventario, podemos decir: A. Desde el punto de vista del contador-partidor, la partición es un negocio jurídico unilateral que no requiere el consentimiento de los interesados, salvo que circunstancias especiales así lo requieran. Si la exclusión ó inclusión de bienes en el inventario se da por un estado especial de ciertos objetos, que no se sabe si pertenecen o no al relictum, circunstancias especiales rodean a esos bienes, consiguientemente, el consentimiento de los interesados es imprescindible. En este caso, la exclusión ó inclusión de bienes por el contador-partidor será un acto dispositivo (11), porque no puede disponer ni de bienes ajenos a la herencia ni de ésta misma, por lo que la inter-

vención de los coherederos en la decisión resulta imprescindible. En este sentido, si prescinde del consentimiento de los herederos, en orden a la exclusión o inclusión de bienes, se extralimita en sus facultades y únicamente él -- el contador-partidor-- soporta el riesgo de sus acciones, siéndole exigible los daños y perjuicios ocasionados, porque es ineludible obligación suya, que el inventario sea perfecto de modo aproximativo, es decir, que como operación previa a las demás, produzca sus efectos regulares incapaces de producir querellas, por un lado, pero por otro, que no introduzca en las operaciones particionales que le siguen, la desarmonía, no solamente por la exclusión de bienes en el inventario, que posteriormente tendrán que ser incluidos, sino por la inclusión de bienes que corren el peligro que sean posteriormente excluidos.

Si el contador-partidor prescinde del consentimiento de los herederos, es ejercitable por parte de éstos la respectiva acción judicial y recaída sentencia firme, tanto la voluntad del contador-partidor como las de los coherederos dejan de ser terminantes y pierden su importancia en orden a la exclusión o inclusión de bienes en el inventario (17).

B. Llegamos a la misma solución desde el punto de vista de los interesados, cuyo consentimiento es imprescindible, porque la decisión del contador-partidor genera en ellos el nacimiento de un derecho, de una facultad o -

de un deber jurídico, en orden al bien concreto excluido ó incluido. Como ejemplo tenemos el caso de un legado de un bien conocido por el testador como ajeno; aquí el contador-partidor debe requerir el consentimiento de los herederos y el legatario para adquirirlo e incluirlo en el inventario, para que el legatario pueda pacíficamente disfrutar del bien. Partiendo igualmente de esta premisa, de que la partición debe garantizar el goce pacífico de las cosas adjudicadas, es que el contador-partidor debe requerir el consentimiento de los interesados.

5. Intervención de interesados

No obstante, el principio de unilateralidad que rige la partición realizada por el contador-partidor, algunos actos de éste, acabamos de verlo, requieren la intervención de los interesados; por un lado, para dotar a ese acto de eficacia y por otro, para proteger, por la realización de ese acto, los intereses de aquellos.

1. Intervención del cónyuge viudo y otros sujetos equiparables

La intervención del cónyuge viudo puede producirse de conformidad con los dos siguientes supuestos:

Primero: Si el cónyuge viudo renuncia a todos los bienes privativos, es decir, que pudieran corresponderle en propiedad a la muerte de su consorte, para que dichos bienes (dotales, parafernales o gananciales)

sean incluidos en el inventario como masa partible el contador-partidor conserva intacta su facultad unilateral para formular el inventario independientemente del cónyuge viudo, porque aquella renuncia general el desinterés en el resguardo de derechos que ya no le corresponden, sin perjuicio de la cuota hereditaria. El interés en el relictum queda reducido a ésta cuota, por lo que la participación - que le corresponde en la masa hereditaria o que pudiera otorgársele a partir de aquella renuncia, no se diferencia de la que le corresponde a los demás herederos. Por consiguiente el contador-partidor - puede realizar el inventario de los bienes de la herencia en solitario.

Segundo: Si el cónyuge viudo no renuncia a los bienes - que le corresponden - dotales, gananciales o parafernales - y a la fecha de hacer el inventario, éstos existen relativamente confundidos con los que constituyen el relictum, el contador-partidor está obligado, no a realizar juntamente con el cónyuge sobreviviente el inventario, sino a citarlo para - que, como interesado lo presencia, a fin de evitar la inclusión en el inventario, de bienes de su propiedad exclusiva y que sirva también, como acto - previo a la liquidación de bienes que no corresponden al caudal relicto, cuya función es deslindar - las esferas de propiedad del cónyuge sobreviviente

y la de los demás herederos. Por esto la intervención del cónyuge viudo en la realización del invenentario no es obligatoria, porque el mismo surtirá plenos efectos si citado no comparece, pero en cambio, del cónyuge viudo no se puede prescindir en aquella liquidación, porque su intervención personal es obligatoria, de tal manera, que debe conminársele a que intervenga por los medios que la ley establece (13). Esta citación al cónyuge viudo para que presencie el inventario, debe cursarla el contador-partidor no porque sea dueño de esa cuota hereditaria, sino por ser dueño de unos derechos que se encuentran integrados en el caudal relicto.

Lo mismo debe decirse ó aplicarse por cualquier otra liquidación que se requiera para purificar el relictum de otros bienes que no pertenezcan a los sucesores. A esta circunstancia alude Puig Brutau cuando define la partición como "conjunto de operaciones... complejas entre las que se encuentran las destinadas a deslindar los bienes... partibles y tal vez a realizar liquidaciones previas con personas interesadas en el patrimonio del causante, distintos de los coherederos" (14).

En este caso, el contador-partidor está obligado a citar al interesado para que, si bien lo tiene, presencie el inventario, pero al momento de liquidar o de separar los bienes propios de ese tercero de los que la herencia,

es de obligado cumplimiento, la comparecencia personal de éste, en aquella liquidación, que tiene que realizar en mancomunidad con el contador-partidor.

El expedir esa citación es de obligado cumplimiento para el contador-partidor, porque es posible, que la práctica del inventario, se separen los bienes que pertenecen al tercero, evitando una liquidación, por cuya forma y contenido, no pertenece en sentido estricto, el proceso particional.

2. Intervención de herederos mayores. Pueden prescindir del contador-partidor.

Cuando todos los herederos son mayores, el contador-partidor no está obligado - salvo lo mencionado en el acápite anterior - a cursar ninguna invitación a los interesados para que presencien el inventario, porque tienen la suficiente capacidad para constatar por sí mismos, si el inventario es fiel reflejo de los bienes de la herencia, pudiendo reclamar oportunamente, sobre exclusiones ó inclusiones indebidas de bienes (15). Si el contador-partidor puede prescindir de los herederos mayores en todas las operaciones particionales y no solamente en el inventario, podrán éstos hacer lo mismo con aquél? Esta cuestión no afecta al inventario únicamente, sino que afecta a toda la partición, pues los coherederos pueden optar - por sustituir al contador-partidor en todas las operaciones de ésta.

a. Posición de la doctrina

Hoy es aceptado por la doctrina que los coherederos pueden prescindir del contador-partidor para realizar la partición de la herencia, conforme a sus intereses.

Entre los partidarios que los coherederos pueden partir la herencia prescindiendo tanto de lo dispuesto en testamento, como de lo que corresponde ejecutar - al contador-partidor, se encuentra González Palomino, - quien dice que es viable lo expresado "si todos están de acuerdo en partir y en cómo partir" (16). Este autor propone una cláusula de estilo para que sea utilizada - por los notarios en la confección de testamentos a ejecutar por contadores-partidores, que denominó cláusula de "no estorbar", mediante la cual, el testador dispone expresamente, que se opere la sustitución del contador-partidor, cuando los herederos actúen unánimemente. La actuación del contador-partidor se encuentra condicionada por la unanimidad (17). Albaladejo es del mismo criterio, salvo una pequeña variación: "A menos que el difunto hubiese establecido que ni aún por acuerdo unánime puede eliminarse al contador" (18). Aquí la actuación del contador-partidor se encuentra condicionada por el común acuerdo de los herederos y el común acuerdo de éstos, se encuentra supeditado a la voluntad del testador, es decir, a su acuerdo expreso de que sea el contador-partidor el único ejecutor de su voluntad, independientemente de los herederos

ros y pese a la unanimidad. Esto constituye una reafirmación post mortem de la voluntad del testador o una identificación de la voluntad del difunto con la voluntad del contador-partidor, para que no se opere una sustitución de esa voluntad por demás única, por la de los herederos, en la ejecución testamentaria.

Entre los que manejan la tesis contraria, se encuentran García Fernández y Gómez Morán. El primero mantiene la tesis de que la partición realizada por los coherederos que prescinden del contador-partidor, es inválida; pero él mismo confiesa, que el contador-partidor no tiene normal legal alguna en que apoyarse para promover esa nulidad; no obstante, le confiere acción judicial, para que previa declaración de nulidad de la partición realizada por los coherederos, ejecute la partición personalmente, fundado en "un indiscutible derecho a hacer la partición" (19).

Gómez Morán funda sus tesis en el plazo: mientras - el contador-partidor se encuentre dentro del plazo, podrá - realizar la partición de la herencia: "Y tan general es ésta norma, que ni aún en la hipótesis de que se promueva el juicio voluntario de testamentaría por los herederos forzosos, caduca el cargo de contador, pudiendo éste, al margen del proceso, realizar la partición" (20).

b. Posición de la jurisprudencia

En la jurisprudencia lentamente se ha ido desarrollando, en una forma implícita, la tesis de que es lícito prescindir del contador-partidor cuando todos los herederos acuer-

den por unanimidad, distribuir los bienes de la herencia, de la manera que mejor convenga a sus intereses, haciendo igualmente, caso omiso de las disposiciones testamentarias. Este debilitamiento del contador-partidor en orden a la partición de la herencia que tiene que realizar, parece que encuentra explicación en dos circunstancias.

La primera, debida a la fuerte posición del heredero forzoso dentro de las relaciones jurídicas, en que se desenvuelve la partición de la herencia, por derivar su derecho a la legítima, no de la voluntad del testador, sino de la ley. Basta que el heredero forzoso abrigue sospechas de que su intangible legítima pueda ser vulnerada, para que se haya decidido por los Tribunales de Justicia, que es procedente la promoción del juicio sucesorio, sin necesidad de más prueba, pese a la prohibición del testador de instar la intervención judicial, por la existencia de contador-partidor. Como ejemplo, tenemos las sentencias de 8-II-1892, que admite la promoción del juicio voluntario de testamentaria, porque el art. 1.057, significa un agravamiento y condicionamiento de la legítima (21), de 17-X-1893 (22); de 14-III-1895 (23) y de 14-V-1895 - (24). La sentencia de 20-I-1888 constituye un afán de reforzar la posición del contador-partidor frente a los coherederos (25) junto con las resoluciones de 28-VI-1887 (26) y de 11-IX-1907 (27) y las sentencias de 4-VII-1895 (28) y de 28-XII-1896 (29) y la resolución de 22-X-1897 (30), para no citar otras más, que como las mencionadas, tratan igualmente de reforzar la prevalencia de la función del contador-partidor, frente a los actos

de los coherederos tendientes a sustituirlo, mediante la promoción del juicio voluntario de testamentaria ó la repartición de los bienes de la herencia por sí mismos.

Otras decisiones jurisprudenciales, frente a ese juego dialéctico entre la prevalencia de las funciones del contador-partidor y los actos de los coherederos, han pretendido conciliar la investidura del contador-partidor con los intereses de los coherederos, es decir, que el juicio voluntario de testamentaria no es incompatible con la función del contador-partidor, pudiendo éste ejercerla dentro de aquél (31), tesis que sustenta Gómez Morán, como anteriormente vimos.

Aparte de que el juicio voluntario de testamentaria puede no ser utilizado por los herederos, para evitar la intervención del contador-partidor, la toma de postura de las sentencias mencionadas no soluciona el problema, sino que más bien parece agudizarlo, porque introduce en la contradicción contador-partidor-herederos, a la autoridad judicial. Se forma así, una facción representada por la autoridad judicial, con sus facultades de imperio; por otra, las facultades del contador-partidor nombrado por el testador, desarrollables únicamente por voluntad de éste, en el ámbito extrajudicial y por último, los coherederos con sus intereses que requieren protección.

Frente a estas circunstancias, tiene que produ-

cirse un nuevo giro, pues es difícil concebir o prender, que el contador-partidor desarrolle una actividad típicamente extrajudicial dentro de un procedimiento judicial, pues esto daría lugar a una serie de situaciones embarazosas tanto para el contador-partidor, como para los herederos y la autoridad judicial.

El nuevo pensamiento de la jurisprudencia será, ante todo, resolver el punto en el que se introdujo la recién jurisprudencia citada; para ello tendrá que decir que el procedimiento judicial es incompatible con las funciones del contador-partidor, reforzando a su vez, tanto la posición, por una parte, del contador-partidor y por otra, la de los herederos (32).

La segunda explicación en virtud de la cual se produce de nuevo, el debilitamiento de la posición del contador-partidor, se encuentra en su actitud misma, en relación con posibles presiones en el ejercicio de sus facultades para partir, por parte de los herederos, teniendo que condescender con éstos en la elaboración del cuaderno particional. Esto se entrevé en algunas decisiones jurisprudenciales que llaman la atención, para que se evite la incorporación de aquél, de declaraciones conjuntas del contador-partidor y de los coherederos. Como ejemplo tenemos la resolución nº 101 de 15-VII-43, que dice: el comisario se encuentra en la necesidad de pedir información, asesoramiento, para realizar "sin presiones ni disputas su misión como Juez imparcial...; en el caso discutido, la concurrenu

cia de los herederos, las manifestaciones que consignan e incluso los acuerdos adoptados, introducen la confusión en el cuaderno particional y mezclan operaciones divisorias de tipo contractual, con las declaraciones distributivas del representante del testador" (33)

Lo anterior unido a la falta de interés del contador-partidor para que válidamente pueda atacar la partición de herencia convenida por los herederos, dará lugar a que la jurisprudencia acepte, pero implícitamente, casi en forma unánime, que los interesados pueden prescindir de las disposiciones del testador y del contador partidor por él nombrado, adjudicándose los bienes de la herencia de la manera que tengan por conveniente. Esta afirmación, que la sostiene expresamente un sector de la doctrina, se juzga con más o menos reserva, en la jurisprudencia, aunque implícitamente la admiten la mayoría de las sentencias, pero cuando el contador-partidor muestra su aquiescencia. Este paso de la jurisprudencia, constituye una nueva conciliación de intereses entre el contador-partidor y los herederos, diferente a la propugnada mediante la intervención judicial, como antes vimos.

Esta nueva solución, en la que interviene el consentimiento del contador-partidor en la distribución realizada por los herederos, la pone de relieve la sentencia nº 101 de 30-XII-1944: "si bien, en términos generales, es la disposición testamentaria la norma regulada

ra de la sucesión, y a lo ordenado en ella deben atenderse los interesados, es igualmente cierto que éstos, procediendo de común acuerdo, pueden fijar con plena eficacia normas distintas de las ordenadas en el testamento en cuanto concierne a la distribución del caudal hereditario, a falta de personas con derecho a impugnar tal acuerdo, y así lo declaró esta Sala en sus sentencias de 2-III-1935 y de 7-XI-1935; de donde se sigue, con relación al caso ahora controvertido, que prestada por el contador... su conformidad al cuaderno particional redactado por la persona designada a tales fines por la viuda y los hijos del testador, únicos herederos instituidos, es indudable que a dicho cuaderno particional, están obligados a atenerse..." (34).

Ahora bien, cuál es el valor del consentimiento del contador-partidor en unas operaciones particionales que él no ha realizado? Ninguno, porque de la herencia no adquiere ningún bien o derecho, salvo los honorarios por un servicio que no presta, si los herederos deciden partir por sí mismos. Su intervención deviene entonces, en un formulismo, para mantener la apariencia de una función unilateral que no realiza, resultando su voluntad intrascendente, para los fines para los cuales fué nombrado. Lo expresado pone de relieve que la figura del contador-partidor se encuentra en crisis, la que Albaladejo pone en evidencia cuando dice: "la justificación para que valga lo que hagan unánimemente los herederos sin el conta--

dor, alcanza lo mismo al caso de que hay prohibición - que al de que no la haya... en definitiva, lo que es - indiscutible es que aún teniendo que soportar la parti ción del contador, cuando el cusante hubiese prohibido prescindir de él, al momento siguiente los herederos - pueden acordar o el restablecimiento de la comunidad y hacer luego un nuevo reparto, o retransmitirse unos a otros bienes, hasta conseguir la distribución que querían" (35)

Es posible que en un futuro, la figura del con tador-partidor, llegue a desaparecer y quede en manos - de los interesados, la distribución extrajudicial de la herencia, cuya dosis de vigor estriba en que ellos son los verdaderos dueños del caudal relicto.

c. Exégesis de algunos artículos de la legislación civil y rituaria referentes al tema.

Ninguna norma autoriza a los herederos para que puedan prescindir ni de las disposiciones testamentarias, ni del contador-partidor; por el contrario, de las normas que más adelante en concreto citaremos, se desprende que la existencia del contador-partidor, constituye una limitación a la libre disposición de los bienes de la herencia por los herederos en concurso. Estos pueden únicamente "distribuir la herencia de la manera que tengan por - conveniente" (artículos 910, 911 y 1.058 del Código civil) cuando:

- a. El testador no hace la partición de la herencia, ni encomienda a un tercero su realización.
- b. Si habiendo nacido el cargo de contador-partidor, me diante el nombramiento respectivo del testador, el plazo transcurrió sin que se ejercitaran las facultades partitivas (36).
- c. Por excusa, renuncia (37), ausencia o muerte del contador-partidor (38).
- ch. Por la falta de acuerdo de dos contadores-partidores - nombrados mancomunadamente para realizar la partición (39)

Producidos los anteriores supuestos es que nace en los interesados la potestad de "distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente"; pero, no obstante dicha potestad, si no logran ponerse de acuerdo, desacuerdo que no tienen que demostrar (40) sobre la mejor manera de distribuir los bienes de la herencia, queda "a salvo su derecho", es decir, el derecho de cada heredero, para promover el juicio voluntario de testamentaria (artículo 1.059 del Código civil).

Por otra parte, el nombramiento de contador-partidor lleva implícita las siguientes dos prohibiciones:

1. Prohibición de promover el juicio voluntario de testamentaria.
2. Prohibición de los herederos de partir la herencia por sí mismos, por cuanto la existencia del contador-parti--

dor, constituye unalimitación de los poderes de los coherederos (1).

3. Intervención de menores no emancipados y otros sujetos equiparables

Cuando entre los coherederos se encuentre un menor o sujeto a tutela, el contador-partidor debe citar a coherederos, acreedores y legatarios, para que presencien el inventario (art. 1057 párrafo segundo del Código civil). Esta norma es incluso extensiva a aquellos casos en que entre los coherederos se encuentren imposibilitados psicofísica o legalmente, para ejercer por sí mismos, el control de las operaciones particionales.

En relación con los menores no emancipados, la representación aneja a la patria potestad es la autorizada por la jurisprudencia, para que los padres representen a sus hijos menores no emancipados en el inventario (42), siempre y cuando, los intereses de unos y otros no sean contradictorios; de lo contrario, el contador-partidor sustituye por sí mismo esa representación aneja a la patria potestad, nombrándole (43) un defensor a los menores para que ejercite sus derechos y deberes tanto judicial - como extrajudicialmente (art. 165 del Código civil).

Ruíz Artacho, en orden a los intereses incompatibles en la herencia entre padres e hijos, insiste en que no hay regla jurídica que nos dé un concepto de intereses inconciliables, los cuales exigen, una demostración previa, pa-

ra valorar el alcance del perjuicio que puede causar la representación, al atribuirse directa o indirectamente bienes de la herencia, el padre o la madre representante. No obstante, como el contador-partidor es el único que decide, independientemente del padre o de la madre, en relación con la atribución o no de bienes a su esfera de propiedad, "Huelga, por tanto, el nombramiento e intervención del Defensor Judicial" (44).

Es inconveniente, en aras de que las participaciones sean expeditas, demostrar en cada caso concreto, cuando existen intereses inconciliables entre padres e hijos; menos, cuando éstos intereses contradictorios, pueden ser concebidos por el sentido común, con más o menos certeza; lo que sí parece necesario es la elaboración de un concepto amplio, que permita la fácil solución cuando aquellos se presenten.

De algunas decisiones jurisprudenciales pueden extraerse reglas generales sobre esos intereses contradictorios, que pueden darse en torno a una herencia, entre padres e hijos, y así, tenemos, la resolución nº 73 de 13-V-1916, que comentando el art. 165 C.c. nos da una imagen aproximada de lo que es un interés contrapuesto: "dadas las íntimas relaciones de los esposos, las exigencias de la vida común y la indeterminación de los respectivos derechos en la sociedad de gananciales, la inclusión en el inventario de algunas partidas ha de provocar dudas y decisiones que pongan de relieve los intereses contradictorios del padre y de sus hijos,

ya que no puede obligarse al Comisario a que relacione forzosamente como de la herencia todas las cosas que al abrirse la sucesión pudieran poseer el marido la mujer y la comunidad conyugal, sin distinción de título de adquisición o de situación jurídica, ni tampoco imponerse al cónyuge supérstite la renuncia de los créditos propios que hubieren de hacerse efectivos sobre el patrimonio relicto" (45). La sentencia nº 120 de 6-XI-1934, deja entrever regla general sobre intereses contradictorios que consiste en "valores patrimoniales" que, si no fueron atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo o viceversa" (46) Y la sentencia nº 60 de 26-XI-1955, nos dice, que los intereses contrapuestos nacen "cuando los padres tengan interés opuesto al suyo (al de los hijos menores) en algún extremo de las operaciones particionales, por la incompatibilidad nacida del diverso interés que pueda suponer la exclusión o inclusión de determinados bienes en el inventario" (47). Podemos concluir entonces, que existe interés contradictorio, entre ascendientes y descendientes cuando la atribución de un bien hereditario al padre, perjudica al hijo y viceversa; por ello, esos intereses contradictorios podrá diluirse, hacerse caso omiso del defensor de menores, recobrando el ascendiente la representación, mediante la renuncia de todos los derechos que le corresponden en la sucesión (48); sin embargo, la resolución nº 167 de 17-VII-1915, pese a que el cónyuge supérstite renunció a la padre que le correspondía por vía de -

herencia, no admitió que dicha renuncia borrara la incompatibilidad "que puede nacer de la inclusión o exclusión de determinados bienes en el inventario" (49).

En este punto, Ruíz Artacho parte de la premisa de que no procede el nombramiento de defensor judicial, si ya se realizó la liquidación de la sociedad de gananciales, porque el contador-partidor y el cónyuge viudo hicieron esa liquidación sin vigilancia, el mismo cónyuge viudo puede representar al menor en el acto del inventario: "Practicado lo más y que en realidad es donde se - acusaba mejor el peligro que corrían los intereses del - menor, no tiene explicación racional que después para lo menos, o sea al solo fin, de presenciar el inventario de la herencia, que según vimos no es más que una indeclinable consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal, haya de proveerse al menor de un defensor y que no pueda intervenir ya por él su padre o su madre" (50).

La anterior argumentación se puede reforzar aún - más, diciendo que si el cónyuge sobreviviente renuncia a todos los bienes que puedan corresponderle por vía de - herencia, su voluntad está guiada por el ánimo de engrosar el relictum, para beneficiar más y no menos, a sus hijos, por lo que la incompatibilidad de intereses parece - diluída, Esta parece ser la postura correcta ante el problema: el interés que puede abrigar el cónyuge sobreviviente, pese a la renuncia de todos los derechos que le corresponden en la herencia, que borran, en apariencia, la incom

patibilidad de intereses con sus menores hijos, en incluir más bienes en las porciones que le corresponden independientemente del relictum, en forma fraudulenta y en perjuicio de los demás coherederos, no varía lo expresado, porque al contador-partidor corresponde, bajo su responsabilidad, deslindar ambas esferas de propiedad: por un lado juntamente con el cónyuge viudo la propiedad de éste, y por otro, los bienes propiedad de los demás herederos, por lo que basta la renuncia de aquél a los bienes de la herencia, para que la incompatibilidad de intereses ceda y se haga posible la representación aneja a la patria potestad.

Lo expresado parece ser la solución más conveniente para paliar los intereses contradictorios y posibilitar la representación; de lo contrario, habría que aceptar una segunda y tercera soluciones, que sirven de principios generales: Segunda: Admitir la total renuncia del cónyuge viudo, no sólo de los bienes de propiedad exclusiva, sino de aquellos que le corresponden por vía de herencia. Tercera: cuando por el escaso valor de los intereses del padre o de la madre del menor en la herencia, o del conjunto de los bienes hereditarios, se deduzca la imposibilidad de una actuación torticera del padre o de la madre, en la exclusión de bienes del inventario, para introducirlos en la porción de bienes que le corresponden aparte de la herencia.

4. Intervención de menores emancipados (50 bis)

La jurisprudencia es perseverante en el principio

de que el menor emancipado puede por sí mismo, intervenir en la formación del inventario y en las demás operaciones particionales, sin requerir ningún tipo de representación, porque en los supuestos previstos en el art. 317 C.c. no se encuentra el relativo a la partici'on de la herencia y atendiendo a que dicha norma legal debe interpretarse restrictivamente (51).

En la doctrina, se muestran de acuerdo con la jurisprudencia, Hernández Gil y Albaladejo (52), y en desacuerdo, Gómez Morán, porque los menores emancipados no tienen la libre administración de los bienes (53)

No se puede considerar mayores de edad a todos los menores emancipados, sin tomar en cuenta la forma en que se produjo la emancipación, para realizar ciertos actos jurídicos. La forma como el menor adquiere la mayoría de edad: -a. Emancipación por matrimonio; b. Transcurso del tiempo hasta cumplir la edad exigida por el ordenamiento jurídico como suficiente y en virtud del cual, se adquiere la plena capacidad y c. concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad sobre él o la concesión del consejo de familia a los huérfanos -- parece influir en la capacidad del menor, graduándola, por decirlo así, en relación con el acto jurídico a ejecutar por él mismo. La distinción de la causa de emancipación, lo es, para exigirle, en más o en menos, cierta capacidad, que debe estar en armonía con el acto jurídico.

A los fines de la exposición, la emancipación logra-

da por el transcurso del tiempo, hasta el cumplimiento -
de la edad exigida por el ordenamiento jurídico, para -
expresar sin limitación alguna, la propia voluntad, en
la adquisición de derechos y obligaciones, no ofrece nin-
guna discusión, que si puede ofrecer, la emancipación -
por causa de matrimonio o por concesión del padre o de -
la madre o del consejo de familia.

En cuanto a la emancipación del menor a causa del
matrimonio, los menores de dieciocho años al contraer -
nupcias, adquieren la mayoría, pero esto no significa
que la misma les capacite para administrar bienes. El ar-
tículo 60 C.c. le prohíbe al cónyuge menor de dieciocho
años emancipado por matrimonio, administrar bienes sin -
el consentimiento del otro cónyuge, en la hipótesis legal
de que éste fuera mayor de edad, pero si también aquél es
menor de dieciocho años, la administración de los bienes
corresponde en la realidad, al padre o a la madre y, en -
defecto de ámbos, al tutor, pues cualquier acto de dispo-
sición sobre los bienes comunes requiere la autorización
continua de uno u otro ascendiente y en defecto de ambos,
del tutor. Aún más, a éstos menores de dieciocho años, cón-
yuges entre sí, mayores de edad por emancipación a causa
del matrimonio, les está prohibido tomar dinero prestado,
vender o gravar inmuebles y comparecer en juicio, sin el -
consentimiento del otro cónyuge, en el supuesto legal, de
que éste fuera mayor de edad; pero si también aquél es me-
nor de dieciocho años, necesita la intervención del padre

o de la madre, etc. Artículos 61 y 62 del código civil. Estos menores están inhabilitados para administrar sus propios bienes y en consecuencia, no pueden intervenir por sí mismos en la formulación del inventario y en los demás actos propios de la partición.

El menor emancipado por concesión del padre o de madre que ejerza la patria potestad y si es fuérfano, - por concesión del consejo de familia, necesita tener dieciocho años cumplidos y aceptar la voluntad de emancipación del ascendiente o en su caso, del consejo de familia. Este menor, por disposición expresa de la ley -art. 324 C.c. -es equiparable al menor emancipado por causa - del matrimonio, que acabamos de ver, es decir, que no podrá tomar dinero prestado, gravar ni vender bienes raíces, ni comparecer en juicio, sin que su padre o madre lo consienta y en defecto de la intervención de alguno - de ellos, debe requerir el consentimiento de su tutor; no obstante, puede participar en el inventario y en otros - actos partitivas por sí mismo, no sólo porque el tipo de emancipación lo habilite para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor, sino porque aquellos actos no se encuentran enumerados en el artículo 317 del C.c.; además de que alguna influencia tiene que tener en su capacidad el tener más de dieciocho años.

5. Intervención de los ausentes

La ausencia puede entenderse en un doble sentido:

En sentido legal, como la ausencia de aquella persona cuyo paradero se ignora; en sentido común, vulgar ó lato, como la ausencia momentánea (54) de una persona - en un acto jurídico, pero cuyo paradero se conoce, aunque sea indeterminadamente, pero posibilitada para conocer con posterioridad, el acto o su contenido, en el que no participó.

El contador-partidor, en un caso de ausencia en sentido técnico de un coheredero, debe suplirla en la forma prevenida por la ley y a la fecha de la realización del inventario, debe citar, al representante del ausente, a coherederos, acreedores y legatarios, tal como lo dispone el párrafo segundo del art. 1.057 C.c. para los menores de edad o sujetos a tutela; pero frente al caso de un coheredero ausente en sentido lato, como la ausencia no es prolongada y pudiendo éste ausente, tener conocimiento a posteriori del inventario, no es necesario ni proveerle de un representante, ni promover la citación a que se refiere el párrafo segundo del artículo citado, pues esta ausencia, como momentánea, no debe ejercer ninguna influencia, en la realización del inventario, por ser posible el control a posteriori de lo realizado (55).

6. Formas y significado de la citación para el inventario

1. Formas

En el supuesto del párrafo segundo del artículo 1057 del Código civil el contador-partidor está obligado a ci-

tar a las personas que ahí se enumeran y además, al defensor de los menores e incapaces (56).

En la citación es lícito utilizar cualquier forma, con tal de que la misma se produzca, pero es conveniente, que el contador-partidor la acredite en forma fehaciente (57), a fin de evitar que su dicho sólo, pueda ser fácilmente debilitado por algún interesado en promover la invalidez de la partición de la herencia, fundado en mejores pruebas que acrediten que la citación no se produjo.

En este sentido Caminero dice: "Las citaciones deberán acreditarse documentalmente por manifestación escrita del citado o por acta notarial, cuyos documentos se unirán al inventario" (58)

2. Significado

La citación es un llamamiento para que los interesados presencien el inventario, pero que no es vinculante. La no comparecencia de los citados no afecta la validez del acto (59), porque el mismo puede ser controlado a posteriori; no obstante, los representantes incurren en responsabilidad (60), si una vez citados por el contador-partidor, su ausencia en el inventario, entraña algún perjuicio a su representado (61). A través de la presencia en el inventario, los comparecientes, pueden hacer las observaciones que consideren pertinentes (62), pero el contador partidor está facultado para no admitirlas, si no se consignan por escrito para ser agregadas al cuaderno particiou

nal, de lo contrario, la consignación en éste de las observaciones verbales, resultaría posteriormente, motivo de confusión en el cuaderno particional. La importancia de la citación estriba, en evitar que la existencia de incapaces entre los coherederos, mueva a los demás interesados a ejecutar actos fraudulentos, en perjuicio de los mismos, de allí la imposibilidad de que el testador exima al contador-partidor de cursarla. Por ello, con la presencia de todos los interesados en la formación del inventario, éste se convierte, en cierta medida, en un acto jurídico inⁱⁿconmovible.

De Martino, comentando el artículo 705 C.c. italiano, nos dice que la obligación del executor testamentario de proceder al llamamiento mencionado no es susceptible de ser derogado por la voluntad del testador (63). Para la legislación española, en orden a la citación que tiene que realizar el contador-partidor, para la confirmación del inventario, es admisible la misma afirmación, en virtud del carácter obligatorio que anima el párrafo segundo del artículo 1.057 C.c., que debe cumplirse independientemente de la voluntad del testador, cuya voluntad en contrario, no alcanza dicha norma, constituyéndose consecuentemente para el contador-partidor, en un verdadero deber jurídico, cuya violación afecta la validez del inventario: "la disposición del párrafo segundo del artículo citado - (1.057) del Código Civil debe ser exactamente cumplida... fijando con toda claridad su aplicación, justificando los

particulares del caso y acreditando fehacientemente la - citación de los interesados" (64) No obstante lo expuesto, la jurisprudencia, que no hace distinción entre si - la citación es o no derogable por la voluntad del testador, en virtud de la existencia de coherederos incapaces legitimarios y coherederos incapaces voluntarios, le ha ido restado importancia a la citación, fundada: 1. En - que si la misma no se produjo, es un defecto fácilmente subsanable (65). Es suficiente la manifestación del contador-partidor, de que los interesados fueron citados, para que el inventario practicado surta eficacia y se tenga por válido, sin necesidad de más prueba, mientras no sea desacreditado en forma por el perjudicado o por aquel interesado que afirme lo contrario respaldado en prueba fehaciente (66).

2. En que no exige, forma determinada para que se lleve a cabo la citación, ni en el inventario, la presencia de los llamados (67). 3. En que el artículo 1.057 no contiene ninguna sanción si no se produjo la citación, que el mismo artículo ordena. (68)

Si se le resta, en cierta medida, importancia a la citación que el párrafo segundo del artículo 1.057 ordena, el camino queda fácilmente abierto, para que la legítima de los herederos forzosos incapaces, pueda fácilmente también, ser vulnerada; porque evidentemente, la citación debe producirse forzosamente en beneficio exclusivo

de los coherederos legitimarios e incapaces. De aquí, - nace el principio de que esa citación no puede ser derogada en su perjuicio, toda vez que el inventario es una operación fundamental que fija los bienes de la herencia y de la cual, las demás operaciones particionales dependen, en cierta medida, de su acierto.

Lo expuesto nos lleva a dos situaciones de difí--cil solución. Primera: Si los coherederos incapaces son voluntarios, el contador-partidor no está obligado a ci-tar a los demás interesados para formular el inventario salvo voluntad en contrario del testador. Segunda: Si -- los coherederos incapaces son legitimarios, el contad or partidor está obligado a citar a los demás interesados para la formulación del inventario, aunque exista volun-tad en contrario del testador.

La solución descansa, expuesto lo anterior, en que como al parecer, la citación se produce para proteger la legítima de los herederos incapaces, el contador-partidor no está obligado a cursar aquella citación, si los herederos incapaces son voluntarios o legatarios de cosas espe-cíficas o determinadas.

Concluimos entonces, fundados en la resolución nº - 46 de 25-III-1952 (69), en que la citación es imprescindible, no derogable por la voluntad del testador, cuando entre los coherederos haya in legitimario incapaz; pero de la citación, el contador-partidor puede prescindir, cuando

entre los coherederos exista un incapaz no legitimario, es decir, voluntario o un legatario incapaz, de cosas - específicas o determinadas.

SECCION SEGUNDA

EL AVALÚO

7. Ideas Generales

En toda operación participnal, la voluntad del difunto es determinante en el establecimieto de reglas dis--
tintas a las establecidas en la ley, para que el inven-
tario, el avalúo, etc. se practique conforme a aquella
voluntad. En este sentido, si el contador-partidor, en
la realización del avalúo, adopta sobre los bienes inventa
tariados, criterios de valoración diferentes a los que -
el testador quiso que fuera su voluntad, la partición se
expone, a ser impugnadas (70). Si no existen pautas tra-
zadas por el testador, el contador-partidor, en ausencia
de reglas legales, debe ser guiado por la prudencia y -
ciertos criterios de valoración, que exponemos en el nú-
mero 9º de esta sección.

8. Significado

Al tratar el inventario dijimos, que en el mismo el -
contador-partidor debe incluir todo aquello representativ
o de un valor. Ahora bien, ese valor no puede ser ilimita
do, por el contrario, mediante el avalúo se delimita,
en dinero, ese valor. Por ello, el avalúo consiste, en la
atribución de un precio a los objetos inventariados, que
con anterioridad representaban apenas un valor, todavía -

indeterminado. El valor como abstracción se materializa a través del avalúo, es decir, por la dotación de un precio. Este es el verdadero significado del avalúo: medir en dinero los objetos inventariados, porque el precio delimita el valor de las cosas, a través del cual se facilita la partición de la herencia.

9. Finalidades

Mediante el avalúo se consiguen varios fines que vamos a enumerar y que es necesario conciliar, para que se conjuguen por una parte, los intereses generales de la herencia y por otra, los intereses específicos de sus partícipes. Dichos fines son los siguientes:

- 1.- Mediante el avalúo se procura la división equitativa del caudal.
- 2.- A través del avalúo, la Administración percibe un porcentaje del precio de la herencia, a título de tributo. Aquí podría hablarse, de una finalidad específica fiscal. Muchos avalúos responden a esta finalidad, cuando se adopta un criterio de valoración tendiente a evitar un pago excesivo de impuestos, en cuyo caso, el acto de valoración del contador-partidor, es guiado por las exigencias tributarias mínimas de la Administración, aparte de las estrictamente partitivas.
- 3.- Pero, entre los fines del avalúo, que debe poner más de relieve el contador-partidor en la partición

de la herencia, consiste en aquél mediante el cual se facilita la formación de los haberes de los copartícipes. A través del precio fijado a las cosas inventariadas, es fácil deducir arítméticamente cuánto corresponde a cada uno, después de pagadas, desde luego, las deudas. Mediante la fijación del valor en dinero de los bienes de la herencia, se componen los haberes para la adjudicación de las cuotas respectivas, que sumadas, tienen que darnos el precio total de las cosas inventariadas. Si no se establece esa coincidencia, es porque un haber ha percibido en más o en menos, de lo que le correspondía debiendo procederse a hacer los ajustes necesarios mediante reintegros, si no se debe a un error en la tasación o en la suma de los precios.

4.- Otro fin que conlleva el avalúo, consiste en que mediante la atribución de un valor pecuniario a los bienes inventariados, se aprecia la lesión - cuando se produce en más de un cuarto, lo que facilita cuando es comprobada la rescisión de la - partición de la herencia.

10. Criterios de valoración

Los fines mencionados que conlleva el avalúo, guían a su vez, al contador-partidor en la adopción de ciertos criterios de valoración de los bienes de la herencia, para conciliar los intereses de ésta, como aquellos que la

gravan fiscalmente, con los de los partícipes, constituidos por una valoración equitativa de los bienes, que impida a unos, a través de un avalúo anormal, percibir en más o en menos, lo que les corresponde.

Para mantener ese justo medio, es necesario practicar un doble avalúo, con base en ciertos criterios de valoración que deben seguirse atendiendo a los fines de la partición. Estos criterios de valoración son los siguientes:

1. Como entre uno de los fines del avalúo, se encuentra la cancelación de impuestos sucesorios, un criterio de valoración, puede ser, la atribución de un precio al bien inventariado, acorde con el valor registrado por la Administración, para la percepción de impuestos.
2. Si todos los bienes de la herencia son iguales en valor, el contador-partidor puede atribuirles un precio por debajo del normal, a los fines de que el pago de los impuestos sucesorios no sea excesivo. Este criterio se rompe, si el bien de la herencia está contabilizado por la Administración con un precio determinado, en cuyo caso, el precio atribuido por el contador-partidor al mismo, no debe bajar de ese canon establecido por la Administración, cuando ésta no está obligada a percibir los impuestos, por debajo de los límites por ella contabilizados y a partir de los cuales, deben -- calcularse los porcentajes de imposición.

3. Si los bienes de la herencia son desiguales en valor, el contador-partidor, debe atender el precio normal - de las cosas inventariadas, en el mercado, con la finalidad, de que la formación de los llotos sea equitativa y que a la fecha en que se produzca la adjudicación, sea imposible la comisión de la lesión en más - de un cuarto. Cicuti refiriéndose a la legislación italiana dice: "Para la evaluación el artículo 726 dice que se realiza atendiendo el valor en venta de los - concretos objetos. Nada impide que los coherederos - adopten de común acuerdo un distinto criterio" (71). Debemos hacer caso omiso del acuerdo de los herederos por tratarse, en nuestro caso, de una partición unilateralmente realizada por el contador-partidor, pero - éste podrá, de acuerdo con lo expresado, atribuirles un valor que responde al que tienen los bienes hereditarios en el mercado. Albaladejo, comentando el texto citado, adopta la misma solución para el derecho español, pese a que - advierte - éste no contenga una disposición idéntica al texto italiano (72). En el mismo - sentido se expresa Lacruz-Sancho: "Normalmente se apreciará el valor de mercado de los bienes, y en todo caso, es exigible, al tasarlos, un criterio uniforme en cierta relación con el valor del mercado" (73)

11. Momento de practicarlo

En el avalúo, el contador-partidor debe tomar en cuenta, si el proceso particionario se va a prolongar en el -

tiempo de manera indeterminada, los dos siguientes supuestos:

1. A los bienes inventariados, debe atribuirles un precio cuando antes mejor (74), con el fin de cancelar a la mayor brevedad, los impuestos sucesorios; atendiendo:

- a) Que entre más transcurra el tiempo entre el fallecimiento del causante y la cancelación de aquellos existe el riesgo de tener que desembolsar más dinero, a título de multa; y
- b) Que el precio de los bienes inventariados puede subir un alza desmedida, que puede conducir más aún, a un pago excesivo de impuestos sucesorios.

2. El contador-partidor debe practicar el avalúo de los bienes inventariados, en una fecha lo más cercano posible, a aquella en que se produce la adjudicación, con el fin:

- a) De evitar, que por las oscilaciones de los precios de las cosas en el mercado, se produzca una lesión - en más de la cuarta parte, ya que ésta se determina, "en relación con el valor total de los incluidos en cada lote" y atendiendo "al valor de los bienes al ser adjudicados y no al que tuvieron al fallecer el causante" (75); y
- b) De que el practicarse el avalúo en la fecha más cercana a la adjudicación, se producirá con mayor certeza la igualdad de las cuotas que a cada partícipe corresponde. Este es el tono dominante en la doctrina,

por lo demás de sentido común.

Así, Polacco comenta el artículo 1.041 C.c. italiano: Para saber si hubo lesión se practica el avalúo al tiempo de la división; porque éste es el momento "en que debió observarse la igualdad de trato entre los partícipes en la división. Y además, como observa Paoli, si se debieran tener en cuenta los acontecimientos sobrevenidos después, ya aumenten o disminuyan el valor de los lotes singulares, no habría división que con el transcurso del tiempo no fuese rescindible, ya que cambia continuamente el estado y valor de las cosas" (76).

Borda, civilista argentino, opina lo mismo: "La tasación debe hacerse al tiempo en que la diligencia se practica y no al momento del deceso del causante (aunque la transmisión se opere en este instante), porque lo que en definitiva interesa es la división equitativa de los bienes y para ello es indispensable tomar en cuenta valores actuales y no pretéritos" (77).

En el mismo sentido, Mazeaud: "si la tasación que sirve para componer los lotes debiera efectuarse situándose en el día de la muerte del causante, toda variación sensible que se produjera en el valor de los bienes durante la indivisión expondría a tornar la partición rescindible por lesión" (78)

Igual Lacruz-Sancho: "Aún cuando la sentencia de 20-I-1966 refiere el avalúo al momento de la muerte del causan

te, parece mejor situarlo en el momento de la partición (argumento del artículo 1.074 C.c); la comunidad aprovecha entre tanto las plusvalías y sufre las pérdidas, teniendo en cuenta en la liquidación las mejoras y daños causados por los herederos (artículo 1.063)" (79) También Vallet de Goytisolo: "A falta de determinación por el testador del momento al que debe referirse la valoración de los bienes de su herencia, la comunidad de riesgos entre los coherederos en indivisión señala como criterio más justo el de determinar la valoración en el momento de la partición. Este criterio, resulta también del artículo 1.074 C.c., que al determinar la posibilidad de rescisión por lesión de la partición, atiende para apreciar la lesión - o cuál era "el valor de las cosas - cuando fueron adjudicadas" (80).

De lo expuesto se deduce, que deben tomarse en cuenta, si la partición se va a prolongar más de lo debido, dos fechas contradictorias en las que parece necesario practicar el avalúo en cada una de ellas: un avalúo inmediatamente después del fallecimiento del testador y otro avalúo, lo más cercano posible a la fecha de la adjudicación, No podría decidirse a favor de una fecha en detrimento de la otra, por sus consecuencias; la solución se encuentra en practicar un doble avalúo: uno inmediatamente después de realizada la muerte del testador y otro, en un tiempo inmediatamente anterior a la fecha de la adjudicación de los bienes.

Cicu opina al respecto: "Si en el intermedio cambia el valor de los bienes, la estimación inicialmente acordada debe ser confirmada, porque, como se ha dicho no da lugar a un vínculo autónomo, y como se verá, debe referirse al momento en que se perfecciona la división". (81). Por su parte, Albaladejo dice: "La valoración se refiere el momento de la partición. Lo que tampoco lo dice específicamente el Código, pero se deduce del artículo 1.074" (82); en otro lado, confirma lo dicho: "la valoración para la formación de lotes, debiendo ser la correspondiente al momento de la partición, debe ser revisada si, hecha antes, después varió el valor de algunos bienes" (83).

Para finalizar debemos decir, que en los legados de cosa específica y determinada, el legatario no está expuesto a ningún riesgo, es decir, a la lesión, como tampoco a la igualdad o desigualdad propia de las cuotas de los demás herederos; por esto y porque precisamente se trata de un bien específico y determinado, que al fallecimiento del testador, corre por cuenta y riesgo del legatario (artículo 982 C.c.) es que dichos legados deben sufrir una única valoración: después del fallecimiento del testador (84).

Capítulo Segundo

La liquidación, la división y la adjudicación.

SECCION SEGUNDA

LA LIQUIDACION

12. Finalidad

El contador-partidor no puede adelantar el proceso -
particionario, si antes no se fija el activo, elemento -
indispensable, para proceder a la división y a la adjudicación
de los bienes de la herencia (85). En consecuencia
la finalidad de la liquidación es determinar el activo ne
reditario, a través de la depuración de todo aquello que
constituye el pasivo (deudas). Si éstas superan el activo,
no tiene objeto proseguir con las demás operaciones -
particionales y el contador-partidor debe adjudicar a los
acreedores, los bienes de la herencia, previo consentimiento
de los coherederos. Es por esto, que algunos autores
le atribuyen una gran importancia a la liquidación -
(86), porque a través de ella se puede concluir la partición,
ó bien, dar el siguiente paso: la división, pero la
división entre un número par de herederos, es decir, entre
más de un partícipe; de lo contrario, la misma no tendría
tampoco objeto.

SECCION SEGUNDA

LA DIVISION

13. La división en el conjunto de la partición

Por el significado de ésta operación particional, parece que es la única que responde, en forma precisa, a la noción de partición, en tanto que las demás: inventario, avalúo y adjudicación, parecen devenir en fases - accesorias que preparan y complementan, la extrajudicial realización de la división. Sin embargo, la partición considerada en sí misma como totalidad, es un proceso - comprensivo de todas esas operaciones, todas importantes que se influyen mutuamente, formando un conjunto ordenado de operaciones armónicas de manera que la alteración de una fase, es capaz de alterar los efectos normales de las demás, con el consiguiente perjuicio para el caudal relicto y sus partícipes.

14. Concepto y finalidad

La finalidad de la división se encuentra insita en - su significado, es decir, que la finalidad divisoria de la partición, es, desde el punto de vista del contador-partidor, llenar con los bienes de la herencia, las cuotas de cada uno de los partícipes, señaladas por el testador. Esto, desde una perspectiva aritmética, significa que la herencia es un dividendo y los herederos el divi

sor, por lo que dividir los bienes de la herencia es - extraer del dividendo partes iguales para todos los herederos, si el testador no dispuso expresamente que - las mismas fueran desiguales. A través de la división de la herencia entre más de un partícipe, se obtiene el cociente, es decir, la cuota que a cada uno de los herederos corresponde. La división requiere entonces de dos factores: herencia y herederos; con ello, el contador-partidor pone fin a un estado de comunidad (87).

15. La voluntad del testador y el libre arbitrio del contador-partidor en la división

Se dice que en la división, como en las demás operaciones particionales, la voluntad del testador, es guía obligada de la del contador-partidor, para que la voluntad del primero pueda ser actuada.

El difunto, como propietario de lo que se destina a repartir entre los herederos, puede preveer el resultado de la división.

De acuerdo con lo expresado, puede el testador autorizar al contador-partidor para que distribuya los bienes de la herencia, según sus instrucciones verbales o su libre arbitrio? Parece que entre instrucciones verbales y libre arbitrio, no hay diferencia, si por tales instrucciones, por falta de escritura, se ignora su verdadero alcance, quedando al libre arbitrio del contador-partidor, su ejecución.

Si la autorización del testador dada al contador-partidor, para que distribuya los bienes de la herencia de acuerdo a instrucciones verbales o su libre arbitrio, no supone quedar a cargo del contador-partidor, el instituir herederos, es permisible que el contador-partidor, distribuya los bienes de la herencia, de acuerdo con instrucciones verbales facilitadas por el testador (88). También es admisible, la distribución según el libre arbitrio del contador-partidor, de un remanente de los bienes de la herencia, después de haberse satisfecho las legítimas (89). La satisfacción previa de éstas y aún más, la falta de herederos que sucedan al difunto, pueden constituir elementos determinantes, en la admisibilidad de la libertad en la distribución del contador-partidor. Así la sentencia nº 108 de 16-X-1918, permitió que ambos cónyuges facultaran a los comisarios para que si morían sin hijos "dispusieran de la herencia común como tuvieran por conveniente y en favor de quien mejor les acomodase, cuya cláusula es la prueba cierta del propósito de los testadores y por la facultad amplísima y sin limitación alguna que contiene a favor de los comisarios, constituye una total abdicación de la voluntad de aquellos en la de éstos" (90).

Como consecuencia y a tenor de lo que dicen las últimas líneas de la citada sentencia, podría decirse con la resolución nº 49 de 12-XII-1927, que la división que realiza el contador-partidor, "por su carácter unilateral se aproxima al testamento" (91)

A favor de lo expuesto y contestando afirmativamente aquella pregunta planteada, teóricamente, la palabra arbitrium, desde la cual el contador-partidor divide la herencia autorizado por el testador, no debe entenderse animada por el capricho en perjuicio de lo razonable ó lo equitativo, desde que el testador confía el cumplimiento de su voluntad a personas de su confianza, sin síntomas de parcialidad. Esto significa que la distribución - según arbitrio del contador-partidor, no tiene como necesaria consecuencia - aunque posible - una distribución - desordenada, injusta o ilegal. La división según arbitrio del contador-partidor, no tiene como necesaria consecuencia - aunque posible - una distribución desordenada, in usta o ilegal. La división, según arbitrio, si el contador-partidor, le asigna a esta palabra un recto sentido, la misma se ofrece como una cuestión electiva a cargo del contador-partidor, en orden a varias posibilidades, cuya escogencia debe responder a una decisión equitativa. El contador-partidor realiza la división de la herencia, desde ese punto de vista, entre varias posibilidades ofrecidas por los bienes, si admiten o no cómoda división, o por los intereses que mueven a los herederos, que a veces imposibilitan con su conducta, una adjudicación pro indiviso de un bien de la herencia, para todos ellos (92).

Abona igualmente lo expuesto, la posibilidad de que el testador fallezca sin sucesores, en cuyo caso traslada su decisión de partir al contador-partidor, por razones de oportunidad y necesidad.

No obstante lo expuesto, como la distribución según libre arbitrio, no ha sido rectamente entendida por el contador-partidor, la doctrina y la jurisprudencia, en forma reiterada se han resistido a admitir una distribución de dicha índole.

16. La jurisprudencia y el libre arbitrio del contador-partidor en la división.

El artículo 670 Código Civil constituye una valla, - más o menos segura, para defenderse del capricho individual de los contadores-partidores, en orden a la división de los bienes de la herencia, excediéndose en sus atribuciones partitivas (93). Esa defensa, se consolida con la frase empleada por el artículo 1.057 Código Civil, que - atribuye al contador-partidor, únicamente, "la simple facultad de hacer la partición", pese a que el testador le atribuya a su contador-partidor, una absoluta confianza, concediéndole amplias e ilimitadas facultades (94), pues aunque a veces se emplee la frase de que la voluntad del contador partidor sustituye la del testador después de su muerte, lo es con el fin de que se respete lo realizado unilateralmente por el primero, sin que de la misma frase se pueda deducir una autorización para el contador-partidor, de dividir los bienes de la herencia según su arbitrio o una imposibilidad para los herederos, de combatir judicialmente lo que ha sido mal entendido y aplicado por el contador-partidor (95). A veces, el libre arbitrio del

contador-partidor, no surge independientemente de la voluntad del testador, sino a tenor de la interpretación - de ésta, consignada en el testamento y fundándose en razones de interpretación del mismo. No obstante, en este caso, la actividad del contador-partidor consiste, no tanto en contrariar abiertamente la voluntad del testador y apartarse de ella, sino en decidir, a tenor del testamento, lo que verdaderamente quiso el difunto, lo que no ofrece posibilidades de elección al arbitrio del contador-partidor, por tener que decidir de conformidad con el texto. Por esto, es difícil admitir y arguir a favor del libre - arbitrio del contador-partidor, cuestiones de interpretación de un testamento (96), porque el cumplimiento de la voluntad del testador, "en ningún caso puede dejarse al mero arbitrio y discreción del nombrado" (97).

Por lo expuesto, el contador-partidor no puede descomponer la voluntad del testador, atribuyendo bienes a quienes no han sido instituidos, lo que significa también, la imposibilidad de atribuirles cualidad de herederos a quienes no designó el testador (98). Tampoco puede interpretar el testamento según su libre arbitrio, sino aclarar su sentido a tenor de lo expresado en él y sólo excepcionalmente puede recurrir a elementos extrínsecos al testamento para aclarar dudas planteadas en el mismo (99); de lo contrario, se correría el peligro de que el contador-partidor creara nuevas situaciones jurídicas --como el nacimiento ó extincción de derechos de los partícipes de los bienes de la he-

rencia o de terceros -- fuera del testamento, lo que el ordenamiento jurídico considera inadmisibile.

Se llega a la misma coclusión, si el que se excede al dividir los bienes de la herencia, no es el contador partidor, sino el testador; por ejemplo, al otorgar una cuota hereditaria no permitida por la ley. En este caso, el contador-partidor no debe ejecutar esa voluntad en be neficio y perjuicio de unos herederos, sino que debe encauzarla hacia los supuestos de hecho que preveen las - normas legales, para que la división produzca sus efectos normales, pese a la voluntad torticera del testador (100)

17. La doctrina y el libre arbitrio del contador-partidor en la división.

La doctrina coincide con lo que expresa la jurisprudencia, para evitar, que el contador-partidor pueda distri buir, según su arbitrio, los bienes de la herencia. "A los contadores o comisarios - dice Sánchez Román - no les co-- rresponde, según este artículo 1.057, más que la simple fa cultad de hacer la partición, pero no la custodia, adminis tración ni representación y menos la libre disposición de los bienes de la herencia" (101). Manresa comentando ese - mismo artículo dice: "las porciones ya están señaladas, las bases constan en el testamento, sólo falta darles vida" - (102). En el mismo sentido Armero: "como simple ejecutor, no puede designar herederos ni legatarios, ni fijar las - porciones de la herencia que a cada uno corresponda, aunque

para ello tuviese instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador (artículos 670 y 785-4º del - Código civil)" (103). Igual, Pérez y Alguer: "Por tener que sujetarse el contador-partidor a las reglas legales de partición, el testador no puede válidamente autorizarlo para que la efectúe según arbitrio de equidad" (104). En otro apartado, los mismos autores confirman lo dicho: "Respecto del encargo de hacer la partición... tanto su efectuación según el libre arbitrio, como su realización según arbitrio de equidad, encuentra un obstáculo en el artículo 1.057 apartado primero, pues éste, sólo permite que el testador encomiende la "simple facultad de hacer la partición" (105).

De acuerdo con lo expuesto, la doctrina es tan renuente como la jurisprudencia, en admitir el libre arbitrio del contador-partidor en la división de la herencia. Así tiene que ser, porque sí a los herederos, de acuerdo con la jurisprudencia, se les impide prescindir del contador-partidor para distribuir los bienes que le pertenecen como tengan por conveniente, mal podría autorizarse al contador-partidor para que distribuya bienes que no le pertenecen según su libre arbitrio.

18. Los herederos y el libre arbitrio del contador-partidor en la división:

Si el testador autoriza al contador-partidor para que divida los bienes de la herencia, según su libre arbitrio

y éste así lo hace, sin que los interesados formulen ninguna oposición a la misma, la división resulta válida -- por falta de personas legitimadas para atacarla y el registrador, no podrá objetarla, cuando la misma sea ins--cribible, aunque los interesados no hayan expresado su --voluntad de aceptar la herencia, aceptación que puede --operarse en un momento posterior a la división realizada por actos propios de los interesados y de los cuales puede deducirse la aceptación de lo realizado (por disponer de lo adquirido singularmente) o su oposición (impugna--ción mediante la interposición de la acción judicial --respectiva) (106).

Lo expresado es similar a lo que ocurre cuando los --interesados aceptan la ejecución de un testamento inválido, cual si cumpliera todos los requisitos de validez exigidos por el ordenamiento jurídico para su eficacia, sin que personas ajenas a su cumplimiento y ejecución, puedan con su sola voluntad, influir en su validez o invalidez. (107).

Esa falta de oposición de los interesados, a la divi--sión realizada por el contador-partidor, según su libre --arbitrio, por haberlo así acordado el difunto en testamento, hace que aquella produzca sus efectos normales causando estado (108). En el fondo, el contador-partidor se sustituye en la voluntad del testador con el consentimiento de los interesados, al no oponerse al reparto así realizado, no obstante encontrarse los mismos, en la posibilidad

de impugnar esa división. En este punto, la impugnación puede provenir de cualquier interesado en los bienes de la herencia: herederos legítimos o voluntarios, acreedores, etc.; porque una división según arbitrio, viola - normas fundamentales de la sucesión testamentaria, las cuales pretenden evitar, prohibiendo esa división: arbitrariedades, preferencias y riesgos para todos los interesados, sin distinción, en el caudal partible (109).

19 El artículo 831 C.c. y el libre arbitrio.

El artículo 831 C.c. constituye una excepción (110) del artículo 1.057 del mismo Código, por las siguientes razones:

1. Autoriza la división de bienes según arbitrio.
2. El cónyuge viudo pese a ser coheredero, puede distribuir los bienes del difunto.
3. La distribución de esos bienes se funda en un contrato (capitulaciones matrimoniales) y no es un - testamento.

La anterior numeración pone de relieve que el cónyuge viudo del artículo 831 es un contador-partidor con muchas mayores facultades que las que tiene el contador-partidor del artículo 1.057; sobre todo, porque puede dividir los bienes del difunto, según su prudente arbitrio.

Pese a que al cónyuge viudo del artículo 831, le hemos llamado contador-partidor; si nos atenemos estrictamente

al significado de testamento, concluiremos que a quien lo ejecuta debe denominársele lógicamente, ejecutor testamentario. Desde esta perspectiva, no se puede considerar al cónyuge viudo un ejecutor testamentario, porque no ejecuta un testamento, sino un acuerdo consignado en capitulaciones matrimoniales (111). Pero si partimos, de que la denominatio de un documento no puede influir ciegamente en su ejecutante, que por lo demas no tiene ninguna trascendencia jurídica el nombre que adopte, si se ajusta a la ejecución que le confiere el documento ; pero si atendemos a los efectos mortis causa de este tipo de división según libre arbitrio, concluiremos, que el cónyuge viudo es más que un contador-partidor, equiparable al testador del artículo 1.056 Código civil, precisamente, por los efectos mortis causa de las capitulaciones matrimoniales, cuya existencia en la legislación española - y esto es arriesgado decirlo - compensa o suple, la inexistencia del testamento mancomunado que la misma prohíbe.

20. La división del cónyuge viudo según arbitrio del artículo 831 del Código Civil

En virtud del artículo 831, el cónyuge viudo puede dividir los bienes de su difunto cónyuge, guiado únicamente por su prudente arbitrio. En este prudente arbitrio, se encuentra implícita la posibilidad de realizar una división desigual, equiparable únicamente, a la que puede realizar el testador del artículo 1.056 C.c., sin que los artículos 1.061 y 1.062, del mismo Código, constituyan ningún impe-

dimento a esa desigual distribución (112). "A lo sumo -dice Seco Caro - debe entenderse que se le recomienda prudencia o moderación al distribuir, o que se le advierte la conveniencia de que su distribución resulte fundada y equitativa. Pero en modo alguno podrá impugnarse la partición por faltar a la prudencia, ya que la división se abandona al criterio del viudo, y nadie está autorizado para juzgar su decisión ni los motivos personales que hayan inclinado su voluntad" (113).

Esta similitud, señalada entre los artículos 1.056 y 831, desaparece y ambas figuras se separan, cuando se constata que el cónyuge viudo no puede señalar cuotas a sujetos no legitimarios. Su función divisionaria parece destinada a distribuir los bienes del difunto, exclusivamente, entre los hijos comunes y mejorarlos, "sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado" (114)

La imposibilidad de que el cónyuge viudo pueda señalar cuotas a sujetos extraños, se encuentra en el mismo artículo 831, cuyo ámbito de aplicación se circunscribió a una división entre hijos comunes, de lo contrario habría una testamentifacción activa sobre bienes no propios y que el artículo 670 reconoce solamente a los difuntos (115).

21. La imposibilidad del cónyuge viudo para dividir los bienes del difunto, si éste otorgó testamento.

La aplicación del artículo 831 se encuentra condicionada a la voluntad de testar del cónyuge difunto; es decir,-

que si éste no otorga testamento y el cónyuge viudo se encuentra en el supuesto de hecho previsto por el artículo 831, el mismo podrá dividir los bienes de su difunto esposo (116)

Podría decirse que lo expresado atenta contra el principio pacta sunt servanda, porque existe un acuerdo que autoriza al cónyuge viudo para dividir los bienes del difunto y esa atribución, no puede quedar sin efecto, por la voluntad unilateral de éste último, a través del otorgamiento de un testamento, por faltarle la necesaria legitimación.

No obstante, como la autorización querida en el pacto, lo es únicamente para dividir los bienes del difunto (117) éste nunca pierde la posibilidad de disponer de sus bienes como a bien tenga, por lo que si así lo hace - por actos - inter vivos o mortis causa - el artículo 831 deviene ineficaz y el cónyuge viudo no podrá dividir, lo que como dueño le pertenecía a su difunto cónyuge y que como tal puede disponer como le convenga.

22. La división de los bienes de la herencia por el contador-partidor. Los elementos personales y materiales de esa división.

Sin perjuicio de la más o menos libertad, que se le puede conceder al contador-partidor en la composición de las cuotas hereditarias, él mismo tendrá que recurrir, a lo que podríamos denominar, elementos personales y materiales de la división.

Partiendo de estos elementos, la división de la herencia, no supone para el contador-partidor, la concesión de una libertad más allá de los límites que le imponen los artículos 1.061 y 1.062 del Código Civil, sino que, la división de los bienes de la herencia, partiendo de esos elementos, se encuentra aún más predeterminada de lo que pudiera pensarse.

Los elementos personales y materiales de la división de la herencia, aluden a la concurrencia de una serie de circunstancias, de tipo personal y material, frente a las cuales, el contador-partidor tiene que realizar el acto divisionario y que en cierta medida, lo predeterminan. De aquí que la aceptación de estos elementos por parte del contador-partidor, no supone el ejercicio de una libertad mucho mayor que la que puede otorgarle el testador a los artículos 1061 y 1.062 del Código Civil. Esta predeterminación se encuentra admitida por la jurisprudencia, cuando reconoce que la división que realiza el contador-partidor, depende de las cir--cunstancias de cada caso concreto (118), que regulan con más ó menos precisión aquella división. Por lo expresado puede decirse, que la validez de una división descansa, muchas veces, en una subordinación a estos elementos personales y materiales que la condicionan, sin perjuicio de la voluntad del testador y, en su caso, de los artículos 1.061 y 1.062.

1. Elementos personales de la división

Los elementos personales de la división son todas - aquellas circunstancias que pueden rodear a los herederos,

independientemente de los bienes de la herencia y que, en algunos casos, predeterminan la división de éstos; tales como el número de herederos (119), sus condiciones económicas (120), sociales (121) y psíquicas (122).

2. Elementos materiales de la división

Los elementos materiales de la división son aquellos que rodean a los bienes hereditarios, considerados en sí mismos y que, independientemente de la personalidad y condición de los partícipes en ellos, admiten o no, una cómoda división (123), no sólo por la indivisibilidad que puede tener, sino porque pese a ser divisible, es mucho más conveniente considerarlo indivisible, para que no pierda la función a la que está destinado, con la correlativa pérdida de valor (124), o bien, porque su excesiva divisibilidad, puede resultar perjudicial (125).

23. El artículo 1.061 Código Civil

Salvo que el testador imponga una división determinada a sus sucesores, el contador-partidor debe observar el artículo 1.061 del C.c. en la conformación de las cuotas de los herederos, entregando a cada uno de ellos, bienes que reúnan las mismas características de naturaleza, calidad o especie. (126).

La observancia de este precepto implica, que el contador-partidor, no es libre, como parece serlo, en la composición de los lotes (127); si bien y a pesar de esa falta de libertad, tampoco puede imponérsele por ello, ninguna forma de di

visión, ni por los herederos, ni por la autoridad judicial (128). En consecuencia, "ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie". (Art. 1.061). Existe en dicho texto legal, una conminación al contador-partidor, para que obtenga en la división de los bienes de la herencia, la igualdad perfecta (129), pero en vista de la variedad de circunstancias que cada división - presenta, dicha igualdad es difícil alcanzarla (130), por lo que el énfasis que debe hacer el contador-partidor en el artículo citado, no debe recaer tanto en la igualdad, sino en la posibilidad de realizarla (131).

Ahora bien, si se habla de posibilidad de realizarla, es que el contador-partidor tiene el deber de llevarla a la - práctica, por existir una posibilidad igualitaria entre varias, para ello tendrá que buscarla y encontrarla. Esta posible igualdad, a realizar entre las cuotas de cada uno de los herederos, existe de por sí, por lo que la actividad del contador-partidor no debe ser meramente pasiva, sino que debe buscar y encontrar la fórmula adecuada de acuerdo con las circunstancias: naturaleza, cantidad, cualidad de los bienes número de herederos, etc.

En la búsqueda de esa posible igualdad, es que se le puede otorgar al contador-partidor cierta libertad, por la existencia, más o menos variada de posibilidades, más o menos, - igualitarias. En este sentido es que se le resta imperatividad al precepto (132). No obstante lo expresado, la misma ju

jurisprudencia ha impedido que el artículo 1.061 se convierta, en un deber puramente moral y sin finalidad alguna en el campo jurídico. Así la sentencia nº 481 de 30-XI-1974 - sin dejar de insistir en el carácter facultativo y orientativo y no imperativo de dicho artículo, obliga al contador-partidor a acatarlo (133). De la misma sentencia se desprende, que encontrada la fórmula igualitaria por el contador-partidor en la conformación de los lotes, constituye un verdadero deber jurídico suyo, el potenciarla en la práctica. No obstante lo anterior, el problema no deja de ser difícil, porque el contador-partidor se mueve en un plano puramente subjetivo, que le lleva a averiguar y a buscar, cuál sea la posibilidad más igualitaria que debe potenciar para llevar a la práctica el acto divisionario. La dificultad se prolonga cuando se trate de hacer objetiva la posible igualdad así conseguida, para saber si la misma no constituye nada más que un engaño.

24. Impugnabilidad de la división realizada en desacuerdo con el artículo 1.061 Código civil

El procedimiento más adecuado para impugnar la división considerada por el contador-partidor, como la más igualitaria, es objetivar esa división. Esto podría lograrse a través de una comprobación del procedimiento utilizado por el contador-partidor, que lo llevó a llevar a la práctica, la división más igualitaria, por él así considerada. La comprobación consistirá en la observación de las posibilidades de

división, ofrecida por los elementos personales y materiales de la misma. En este punto dicen Lacruz-Sancho: "impugnar con éxito una partición por comisario alegando el incumplimiento del artículo 1.061 será tan difícil como la impugnación de cualquier otra división unilateral que adolezca del mismo defecto, al tratarse de un precepto admonitivo dirigido al partidor, en el que hay un amplio margen de apreciación subjetiva, que los tribunales presumirán exacta mientras no aparezca palmariamente lo contrario". (134). Roca Sastre observa el incumplimiento del artículo 1.061 desde otra perspectiva: si el contador-partidor lo incumple, practica una enajenación, al no existir la debida proporcionalidad en las cuotas, con los bienes de la misma naturaleza, calidad o especie; esto tiene como lógica consecuencia, la impugnación de la división por la no observancia del artículo en estudio (135). En ésta misma perspectiva se colocan Pérez y Alguer y Monedero Gil (136).

Albaladejo comenta el artículo 1.061 de la siguiente manera: "No se trata de que se le pueda aplicar o no a discreción, sino que puede tener o no efectividad el mandato imperativo de igualdad para cuando sea posible" (137). Interpretando dicho comentario, podríamos decir, que la división realizada por el contador-partidor en desacuerdo con el artículo 1.061 es impugnabile siempre y cuando sea posible realizar la igualdad y aquél no lleva la misma a la práctica, sino una desigualitaria. Desde este punto de vista, Mazeaud aconseja, que la desigualdad en la división debe ser sancio

nada en forma mucho más estricta, que en los contratos onerosos, debiendo excluirse de la misma, cualquier ánimo de lucro o el enriquecimiento de un heredero a expensas de otro (138).

Por lo expresado, es que la igualdad posible es exigible al contador-partidor, si no logra la misma y la resultante es impugnable, si no demuestra las dificultades prácticas que tuvo en observar el artículo 1.061, de lo contrario, la división realizada por el contador-partidor debe respetarse y mantenerse como válida (139), pese a ser desigualitaria en la proporción exigida por el artículo 1.061 del Código civil.

Lo anterior pone de relieve, que la igualdad no debe ser únicamente en valor, sino también en especie (140), pese a las dificultades que ello supone, en ciertos casos concretos, cuando la igualdad en valor es realizable, no así la igualdad en especie, por la dificultad o resistencia que ofrecen algunos bienes en ser distribuidos proporcionalmente. Esto constituye un motivo más, unido al resuelto en la sentencia recién citada, para aceptar, pese a la desigualdad en especie, la igualdad en valor y considerar en estas circunstancias, válida, la división realizada por el contador-partidor.

25. Finalidad de los artículos 1.061 y 1.062 Código Civil

Con la desigualdad en especie, pero con la igualdad en valor, caemos en la aplicación del artículo 1.062 del Cód-

go civil; porque en aras de obtener la posible igualdad, parece que no interesa si la misma se realiza en valor, cuando no se puede realizar en especie. Esto permite delimitar el ámbito de aplicación de cada uno de los artículos.

El artículo 1.061 pretende igualar a los herederos en especie, con ello cumple una doble finalidad: procura que todos los partícipes queden gravados en la misma proporción (141) y evita una rescisión por lesión en más de la cuarta parte.

Por el contrario, el artículo 1.062 pretende igualar a los herederos en valor, por la imposibilidad de hacerlo en especie, en orden a la existencia de un bien indivisible o que su divisibilidad le desmejore. Esto tiene un resultado lógico: pagar algunas cuotas en metálico. Así se logra una finalidad: evitar una rescisión por lesión en más de la cuarta parte (142). Expuesto lo anterior, parece conveniente pasar ahora al estudio del artículo 1.062 del Código civil.

26. El artículo 1.062 del Código Civil

En la aplicación del artículo 1.062, el contador-partidor se encuentra con problemas fundamentales, tales como los siguientes: la existencia de un bien indivisible o que si se divide se ocasiona un perjuicio al bien mismo o a los herederos; la adjudicación de ese bien a un heredero legitimario o voluntario y los suplementos en metálico; la exis--

tencia o no de dinero hereditario y la solicitud de venta de aquél bien de los herederos legitimarios o voluntarios y por encima de todos estos problemas, el contador-partidor se encuentra con la voluntad del testador, en la regulación de cada uno de ellos. Todos estos problemas podemos sintetizarlos en los siguientes puntos:

1. La adjudicación de un bien indivisible o la ocasión de un perjuicio, si se fracciona, si bien o a los herederos.

En este punto existe un bien hereditario en la herencia, que el contador-partidor no puede dividir entre los co-herederos, porque es indivisible o porque divisible, hay dificultades prácticas en llevarla a cabo, tales como causar un daño al bien mismo o un perjuicio económico a cada uno de los herederos, si reciben apenas una fracción del mismo (143). El daño y el perjuicio pueden recaer tanto en el bien considerado en sí mismo, como en los partícipes en el bien. Como ejemplo tenemos el caso resuelto por la sentencia nº 75 de 14-VI-1895, la cual dice: "si bien la casa en cuestión es, como todos los bienes corporales... divisible materialmente, no lo es por su esencia, toda vez que la división impondría un gasto considerable a los partícipes; las dos casas resultantes quedarían en malas condiciones de solidez y los productos de ellas menores de los que hoy obtienen sus condueños y, por lo tanto, menor su valor" (144).

En es éste sentido que Polacco afirma que la inconmodidad en la división resulta de la "depreciación sensible de

las partes o haría su goce notablemente oneroso ó difícil" (145).

Podríamos decir aquí, que a través de la adjudicación a un heredero o a más de uno, pero no a todos, de un bien indivisible, se quiebra la igualdad posible? Con la adjudicación de un bien indivisible a un heredero se pierde la igualdad posible en especie, pero por esto, no debe perderse de vista la igualdad en valor. El dinero como medida de valor, constituye aquí, un elemento de gran utilidad para el contador-partidor, para obtener por otro camino, que no es la división proporcional, la igualdad en valor de las cuotas hereditarias. En el caso expuesto, la igualdad en valor es necesaria y sustitutiva de la igualdad en especie, a través de una compensación en dinero, para los herederos que no recibieron el bien indivisible; de todo lo cual puede inferirse, que lo que no puede conseguir el contador-partidor a través del artículo 1.061, debe hacerlo mediante el artículo 1.062, para tratar de obtener la igualdad óptima, sin que el dinero constituya un obstáculo para ello, porque al fin y al cabo, es a la igualdad a la que aspira toda división hereditaria.

2. Los suplementos en dinero hereditario, la solicitud de venta de los herederos en almoneda y la voluntad del testador. Dos supuestos.

Primero: Si existe como bien hereditario, una explotación, que el testador quiere mantener indivisa, él -

mismo puede ordenar: al contador-partidor, que satisfaga la legítima de los herederos forzosos con dinero hereditario y a los herederos, que no promuevan la venta de aquél bien, a través de la solicitud de venta de que habla el párrafo segundo del artículo 1.062. Lo así dispuesto por el testador, es de obligado acatamiento por todos los herederos y el contador-partidor, debe así ejecutarlo. Los herederos percibirán, en este caso, dinero hereditario como suplemento y como consecuencia de adjudicarse el bien indivisible, a uno de los herederos, sin posibilidad de ninguna de ellos, de solicitar la venta del mismo, a causa de la voluntad del testador, que es determinante e interesada en que el bien permanezca indiviso y en cabeza de un miembro de la familia, por tradición familiar, etc. Aquí, la voluntad del testador es tan determinante porque corre paralela al supuesto de hecho previsto en el artículo 1.056, párrafo segundo como lo es, concomitantemente, la existencia de dinero hereditario. A este punto dice Albaladejo: "cuando una cosa sea indivisible, habiendo dinero en la herencia puede adjudicarla (el contador-partidor) a un heredero e igualar a los otros en metálico, pero bastará que uno lo pida para que se subaste y reparta el precio, salvo que el causante le haya facultado especialmente para poder imponer esta distribución aún contra el deseo de los herederos de promover la subasta" (146).

Segundo: Si existe en la herencia un bien que dividir pero hay dificultades prácticas para su divisibilidad y

existe dinero hereditario, el contador-partidor puede adjudicarlo a uno de los herederos y satisfacer a los demás en dinero hereditario, si ha contado con el consentimiento de todos los herederos, pero basta que exista un disidente, para que el artículo 1.062 párrafo segundo, le concede el derecho de solicitar la pública subasta. De éste derecho solamente puede hacer eso el heredero legitimario, no el voluntario, por consiguiente, el consentimiento que ha de requerir el contador-partidor, es el de los herederos forzosos y no el de los voluntarios. En el sentido expresado se pronuncia la resolución nº 10 de 10-1-1903: "el adjudicar a unos herederos todos los bienes que constituyen la herencia imponiéndoles la obligación de satisfacer en metálico la parte proporcional correspondiente a su coheredero, no es acto de partición, sino de enajenación y, por tanto, no debe surtir efecto sin el consentimiento de dichos herederos" (147)

Que el contador-partidor requiera únicamente el consentimiento de los herederos legitimarios, lo es por su cuota legítima, que no puede ser convertida en una de peor condición, que otra de cualesquier heredero, por decisión unilateral del contador-partidor. Que el consentimiento de los herederos voluntarios, sean innecesario, lo es porque su cuota hereditaria, existiendo dinero hereditario, nunca será de peor condición que la de ningún otro, porque como dice Albaladejo, para un caso no exactamente aplicable al presente, pero

si aproximativo "el causante les pudo dejar lo que quisiera, hasta bienes ajenos, o no dejarles nada" (148).

3. Los suplementos en dinero no hereditario, la solicitud de venta de los herederos en almoneda y la voluntad del testador. Dos supuestos.

Primero: Si existe en la herencia un bien hereditario, una explotación que el testador quiere mantener indivisa, él mismo no puede ordenar, al contador-partidor, que satisfaga la legítima de los herederos legales con dinero no hereditario, ni puede prohibir a los mismos, que soliciten la pública subasta de aquél bien. Si el contador-partidor practica la adjudicación de ese bien indiviso, con el consiguiente pago de dinero no hereditario como suplemento, cualquier heredero legítimo, puede hacer caso omiso de aquella prohibición y hacer uso del derecho que concede el parrafo segundo del artículo 1.062, solicitando la pública subasta del bien indivisible, pese a la voluntad en contrario del testador solamente surte efecto, respecto al heredero voluntario, a quien puede prohibir que solicite la venta, siempre y cuando él mismo no resulte adjudicatario de la explotación que el testador quiere mantener indivisa.

La razón que puede darse, en orden a que la prohibición de solicitar la venta del bien indiviso, no surte efectos respecto a los herederos legales, puede ser la siguiente: La cuota legal de cada uno de los herederos

forzosos, puede verse seriamente perjudicada por la inexistencia de dinero hereditario, para hacerle frente a los suplementos en metálico. El heredero adjudicatario del bien indiviso, por su precaria condición económica, puede encontrarse imposibilitado, para reintegrar a los demás herederos su cuota hereditaria con dinero propio. En estas circunstancias, la adjudicación del bien indivisible ocasiona al heredero adjudicatario, más que un beneficio, un perjuicio; porque lo coloca en la obligación de pagar la cuota de los demás con dinero propio, que tal vez no tiene. Por otra parte, los que perciben el dinero o lo van a percibir, pueden no encontrarse en mejor condición que el heredero adjudicatario del bien indiviso, no solamente porque pueden pretender el bien indiviso para sí, sino porque se niegan a aceptar un suplemento en dinero que fácilmente se devalúa o que su pago, por la precaria situación económica del heredero adjudicatario, haya de producirse en tractos, con la consiguiente situación embarazosa entre coherederos, como es la imposición de intereses aceptación de garantías, etc.

La razón que puede darse en orden a que la prohibición de solicitar la venta del bien indiviso, surte eficacia respecto a los herederos voluntarios, siempre y cuando él mismo no resulte el adjudicatario de la explotación que el testador quiere mantener indivisa, puede ser la siguiente: A través de la adjudicación de un

bien indiviso, a un heredero voluntario, con el consiguiente pago a su cargo, de los suplementos en metálico, sin posibilidad de ejercer el derecho de solicitar la pública subasta del bien indiviso, por expres disposición del testador, puede constituir un método utilizado por los testadores, para sus herederos legales, perciban brevemente, un metálico que la herencia misma, no puede ofrecerles, a través de la adjudicación de un bien, cuyas utilidades pueden ser dudosas, o bien, solamente a largo plazo alcanzables, sin poderse descargar el heredero voluntario adjudic tario, de la obligación de pagar los respectivos su- plementos en metálico. Todas estas circunstancias, que unidas a las expresadas para los herederos legitimarios en lo que queda, no pueden quedar al arbitrio del testador y el heredero voluntario, no está obligado a aca tar la prohibición de solicitar la venta, sino solamen te cuando no sea el adjudicatario del bien indiviso.

Segundo: Si existe en la herencia un bien que dividir, pero hay dificultades prácticas para su divisibilidad y no hay dinero en la herencia, el contador-partidor puede adjudicar dicho bien indiviso a uno de los herederos, con el consiguiente reintegro de suplemen- tos en metálico no hereditario, pero cualesquiera de los herederos, puede solicitar su venta en pública subasta.

Aquí la iniciativa del contador-partidor debe contar

con el consentimiento de los herederos legitimarios, pero no de los herederos voluntarios.

En el presente caso, los herederos voluntarios tienen que conformarse con la decisión unilateral del contador-partidor, el cual no requiere el consentimiento de -- los mismos. Tampoco, podrán solicitar la venta del bien indiviso; éste derecho debe concedérseles únicamente - cuando sean los adjudicatarios del bien indiviso. Al - efecto dice Albaladejo: "Lo que nunca puede el contador es establecer, si en la herencia falta dinero, que la compensación para igualar a los herederos que no recibieron la cosa indivisible, se haga con dinero no hereditario. Si lo establece sólo tendrá eficacia cuando - los interesado lo acepten voluntariamente" (149).

SECCION TERCERA

LA ADJUDICACION

27. Idea general

Extinguido el período de indivisión de los bienes hereditarios, cada heredero deviene dueño en solitario de lo que antes era apenas, una porción hereditaria en comunidad. "La indivisión de la herencia - dice Valverde - termina desde que la adjudicación se hace y puede decirse que por ella se adquiere el verdadero título de propiedad". (150)

Lo que antes de la adjudicación es solamente proyecto de división de bienes indivisos, con la adjudicación los herederos disponen de un verdadero título de propiedad. Lo anterior no significa que antes de la adjudicación, los herederos no puedan reaccionar judicial o extrajudicialmente, cuando su derecho se encuentre en peligro de ser lesionado (151).

Pero no todas las adjudicaciones lo son a favor de los herederos, sino que, a veces, es necesario hacerlas a favor de personas extrañas a la herencia y aún, cuando aquellas se hacen a un heredero, éste se considera un extraño, si él no interviene como heredero, sino como acreedor de la herencia o de otro heredero. En este punto, la jurisprudencia y la doctrina han clarificado, qué adjudicaciones se encuentran dentro de la esfera de atribuciones del conta--

dor-partidor y cuáles no, recurriendo a la diferenciación entre actos de disposición y actos de partición.

28. Actos de disposición y actos de partición

Para comprobar si un acto puede o no ser realizado por el contador-partidor, se parte de la distinción entre acto de partición, que son aquellos para los cuales aquél está facultado y por consiguiente, están en la esfera de sus -- atribuciones el realizarlos. No ocurre lo mismo con los actos de disposición, los cuales, no puede realizar, si el - testador únicamente le enc omendó la simple facultad de hacer la partición, por lo que aquellos se encuentran fuera de su esfera de atribuciones. No obstante, si el contador-partidor realiza actos de disposición, por exigirlo así, algunas circunstancias o mecanismos de la partición, esos actos requieren para su eficacia, el consentimiento de los - herederos, el cual opera como conditio juris.

Esta distinción constituye un medidor para controlar la labor del contador-partidor y es de una gran ayuda, para determinar cuándo es o no necesario, el consentimiento de los interesados en el caudal relicto en un determinado acto de la partición de la herencia. Sin embargo, el contador-par-tidor puede realizar, el algunos casos concretos, actos de disposición sin el consentimiento de los herederos, cuando es autorizado expresamente por el testador, siempre y cuan-do no viole normas fundamentales de la sucesión testamenta-ria. En este caso, cuando el testador concede al contador-partidor atribuciones que exceden aquellas estrictamente -

partitivas, el contador-partidor se transmuta en algo más que un mero partidor y se aproxima a ejercer funciones de un albacea con amplias facultades, para la ejecución plena de la voluntad del difunto.

Entre los autores que destacan la distinción que venimos exponiendo, se encuentran: Borrel, Caminero, Lacal, Escobar de la Riva, Puig Brutau, Roca Sastre, González Palomino, Gómez Morán y Manresa (152). Santamaría en forma aislada, afirma: "la partición de la herencia, como la división de la cosa común, constituye un acto de disposición y no de simple administración" (153).

En el mismo sentido se expresa Gullón Ballesteros, pero refiriéndose no a la partición de herencia, sino a la división de la cosa común (154).

Puede decirse que la partición es un acto de disposición, pero entendida en un sentido amplio, es decir, como aquella que realiza el contador-partidor y a través de la cual, a medida que va disminuyendo los bienes del caudal relicto, va en aumento el patrimonio de los herederos por la división y adjudicación de cada una de las porciones. Pero dentro de la partición, existen ciertos actos que necesitan forzosamente el consentimiento de los herederos, porque comprometen el caudal relicto y por ello solamente pueden realizarlo, los que son los dueños.

29. La adjudicación de bienes hereditarios a todos los herederos para pagar deudas es un acto de partición.

La división del activo de la herencia corre paralela a

la división del pasivo de la misma. Esto lo dispone explicicitamente el ordenamiento jurídico en el artículo 661 del Código Civil, salvo voluntad en contrario del testador. En el sentido expresado, Lacal sostiene que si el testador no designó específicamente a un heredero para que asumiera las deudas, las mismas deben ser pagadas por todos los herederos, mediante la adjudicación proindiviso de bienes de la herencia destinados a cancelarlas, ya que todos estan obligados a pagarlas proporcionalmente (155).

Cuando el contador-partidor adjudica un bien de la herencia, a todos los herederos, para que paguen las deudas, éste acto constituye un acto típico de su función, que puede realizar unilateralmente, sin consentimiento de los interesados. El asunto se complica cuando se pregunta lo siguiente: podrá el contador-partidor escoger y separar un bien específico de la herencia para hacerle frente a las deudas de la misma? La resolución nº 109 de 23-VII-1910 - contesta afirmativamente la pregunta anterior: "siendo el objeto de las operaciones testamentarias el inventario y la liquidación del caudal relictivo y la división y adjudicación del mismo para satisfacer las diferentes obligaciones de que debe aquél responder y hacer efectivos los haberes hereditarios, dedúcese en consecuencia de los Contadores, y en su caso los herederos, tienen facultades para designar los bienes que se adjudiquen para pago de cada una de dichas atenciones" (156). De lo hasta ahora expresado se deduce, que el contador-partidor puede no solamente designar los bienes de la herencia que deben quedar afectos al pago de las deuu

das de la misma, sino que puede unilateralmente adjudicarlos a todos los herederos sin su consentimiento, pero sin excluir a ninguno. No se requiere el consentimiento de los adjudicatarios, porque no se altera la responsabilidad patrimonial de ninguno de los herederos, porque todos están obligados a responder proporcionalmente de las obligaciones de la herencia, salvo voluntad en contrario del testador: "el comisario - dice Roca - no puede alterar la responsabilidad que la ley atribuye a los herederos por razón de las deudas hereditarias y, por tanto, se excedería en sus facultades meramente particionales (hacer cesar la indivisión) el Comisario que concretara dicha responsabilidad al heredero adjudicatario" (157).

Lo hasta ahora expuesto, parece que encuentra un obstáculo en la sentencia nº 164 de 12-XII-1900 que dice: "los bienes inmuebles de una herencia adjudicados a algunos de los partícipes con la obligación de abonar las deudas o cargas hereditarias, implica la constitución de un derecho real en dichos bienes" (158).

Lo copiado de la anterior sentencia, parece poner de relieve, que la escogencia de un bien hereditario en particular constituye un acto de disposición, porque grava el bien o lo afecta a un destino determinado, como lo es el de pagar deudas, que solamente los herederos pueden acordarlo. Pero esto es cierto únicamente, en el caso a que se refiere la sentencia, es decir, cuando el bien se adjudica a unos cuantos herederos y no a todos. En cambio, si el contador-

partidor escoge un bien de la herencia específico, destinado a extinguir la deuda, ni grava ni al bien hereditario, ni a los herederos, por varias razones: al bien hereditario, porque el caudal relicto es prenda común de los acreedores del causante o de los de la herencia; a los herederos, porque todos están obligados a pagar las deudas y cargas de la herencia en la misma proporción, aunque hubieran aceptado la misma a beneficio de inventario (artículos 661 y 1.003 Código Civil); por demás, si el bien adjudicado es muy valioso, los herederos podrán de común acuerdo retenerlo para ellos y pagar de su peculio la deuda de manera proporcional o bien, también pueden decidir venderlo a mejor precio, pagar la deuda y obtener ciertas ganancias. Otra razón aducible, es que el contador partidor, al adjudicar un bien de la herencia por él escogido, a todos los herederos, ninguno pierde el derecho a citar y emplazar a los demás herederos, para que la pretensión del dueño del crédito, los afecte a todos por igual (artículo 1.084 párrafo segundo). "Así que ese artículo 1.084, 2º, - dice Albaladejo -, no es un tope a la exigibilidad de la deuda por el acreedor al coheredero que desee, sino un tope sólo al derecho a favor del heredero para hacer citar y emplazar a sus otros coherederos (derechos del que se le priva si es él sólo el obligado a pagarla por el testamento)." (159)

Por lo expuesto, podemos concluir, que la adjudicación de un bien de la herencia a todos los herederos, destinado

a pagar deudas, es un acto de partición, que como tal, se encuentra dentro de la esfera de competencia del contador-partidor; para ello, debe acreditar el monto exacto de las deudas (160) y si éstas no pueden determinarse con certeza, debe reservar bienes de la herencia bastantes, para cuando el monto sea determinable (161).

30. La adjudicación de un bien hereditario a un heredero o a más de uno, pero no a todos, para pagar deudas de la herencia es un acto de partición.

Cuando el contador-partidor escoge, por un lado, un bien de la herencia determinado para destinarlo a pagar deudas de la misma y por otro lado, a un heredero o a un grupo de ellos, pero no a todos, para adjudicarles - aquél bien, para que le hagan frente a la deuda de la herencia, alterando la responsabilidad patrimonial del heredero o herederos escogidos - Roca Sastre, Sáez de Santa María, Armero y Puig Brutau nos hablan de concreción de esa responsabilidad (162); los mismos, el heredero o herederos adjudicatarios, pierden el derecho a citar y emplazar a los demás partícipes, para que la actividad cobratoria del dueño del crédito los perjudique (163).

Desde esta perspectiva, el contador-partidor requiere el consentimiento del heredero adjudicatario, en orden al cumplimiento de la obligación que supone, la adjudicación para pagar la deuda de la herencia (164).

Pero será también necesario el consentimiento de los

herederos, a los cuales, no se les adjudique el bien hereditario, para el pago de la deuda, es decir, el consentimiento de los excluidos en la adjudicación?

"Si el comisario - dice Lacal - excluye de la adjudicación a algunos de los herederos realiza un acto que, - por rebasar sus facultades requiere para su validez el - consentimiento de los excluidos" (165)

En este caso, es necesario tanto el consentimiento de los herederos adjudicatarios, como el de los que no lo sean. Las razones que pueden aducirse, pueden ser las siguientes:

1ª. La adjudicación para el pago de las deudas de la herencia, no se hace a todos los herederos, sino a uno o a unos pocos de ellos y en el bien adjudicado van incluidas - por el principio de solidaridad - la parte proporcional que a cada uno de los herederos corresponde pagar y esa parte de la cuota, solamente puede salir de la esfera de dominio y entrar en la del adjudicatario, únicamente - con el consentimiento, del dueño proporcional en la cuota.

2ª. Porque por vía de adjudicación de un bien de la herencia destinado a cancelar las deudas de la misma, podría beneficiarse a los herederos adjudicatarios, toda vez, que los mismos podrían, si el bien de la herencia es valioso, venderlo a mejor precio o retenerlo para ellos, pagando la deuda con su propio peculio (166), con lo que se excluiría a los demás herederos en la participación en el bien, rompiéndose el principio de igualdad en la distribución

bución de los bienes de la herencia.

3ª. Porque mediante el consentimiento de todos los herederos y no solamente el de los adjudicatarios, deben sopesarse las razones por las cuales, la adjudicación tiene que hacerse a un solo heredero o a unos pocos y no a todos.

En correspondencia con lo expresado dice la sentencia nº 30 de 25-VI-1946: "la adjudicación de bienes de una herencia, para pago de deudas reconocidas contra la misma constituye un acto de partición, por virtud del cual, y conforme al principio estatuido en el artículo del Código Civil nº 661, de que cada heredero es responsable de las dedudas hereditarias, pueden asignar determinados bienes a cualquiera de los partícipes en la sucesión, imponiéndole al propio tiempo, la obligación de satisfacerlas con el importe de los bienes adjudicados a tal fin; lo cual presupone, necesariamente, el concurso y la conformidad de todos los interesados en la herencia, ya que reunidos, y no aisladamente, tienen la titularidad del derecho de disposición del patrimonio que la integra" (167). No obstante que la sentencia copiada se refiere a una partición contractual no existe motivo alguno que impida la aplicación de ese mismo mecanismo, cuando el contador-partidor quien interviene en la partición de la herencia, ya que el funcionamiento de la adjudicación para pagar deudas, ha llegado a tener sustantividad propia, es decir, ha llegado a tener carácter de negocio fiduciario. Así lo ponen de relieve la resolución

nº 87 de 14-VI-1922, la sentencia nº 45 de 23-V-1935 y - la resolución nº 67 de 26-XII-1946 (168).

De acuerdo con el carácter de negocio fiduciario que se le atribuye, a la adjudicación en estudio, puede decirse entonces, que importa poco, que la misma se realice el contador-partidor cuando existe, o los herederos, cuando por diversos motivos corresponda a ellos la distribución de la herencia.

Desde este punto de vista, puede decirse, que por el funcionamiento del negocio fiduciario, que opera independientemente de las partes en el mismo intervinientes o del tipo de partición que sea, debe seguirse considerando a la adjudicación en estudio, el carácter de acto participativo? La jurisprudencia y la doctrina, se muestran de acuerdo, - en orden a los efectos transmisivos que produce la mencionada adjudicación, es decir, en cuanto el bien de la herencia entra en la esfera jurídica del heredero adjudicatario (168), aunque la adjudicación se haga al cónyuge viudo en pago de sus aportaciones a la sociedad conyugal (170), o a una heredera, por haber pagado de su peculio, las legítimas de sus hijos (171).

En estos casos, quizás, el carácter de herederos forzosos de los adjudicatarios fue determinante, pese a los - visos de acreedores extraños que los mismos presentan; así parece desprenderse de la resolución nº 54 de 29-IV-1913 (172). En cambio, cuando el bien de la herencia entra por

la adjudicación, en la esfera jurídico-patrimonial de un extraño acreedor de la herencia, estamos en presencia de un acto de disposición, que se encuentra fuera de las -- atribuciones del contador-partidor: "que el acto calificado - dice la resolución nº 10 de 10-1-1919 - no puede reputarse de partición porque no tiene por inmediata y directa finalidad hacer cesar la indivisión creada por la pluralidad de herederos, tendiendo preferentemente al pago de una deuda; ni descansa sobre las facultades declarativas de efectos retroactivos que al contador competen, - si o que provoca efectos transmisivos de nacimiento y alcance diferentes; ni se refiere... al régimen interno y - recíproco de relaciones jurídicas entre copartícipes solidarios, toda vez que lanza fuera del patrimonio común una parte del activo sin expresa autorización testamentaria ó legal" (173).

De todo lo expresado podemos concluir, que la adjudicación, se desarrolla en virtud de una relación jurídica - que se crea entre la herencia y los herederos y que la adjudicación como disposición entre la herencia y los herederos, se desarrolla en virtud de una relación jurídica que se crea entre la herencia y un sujeto extraño acreedor de la herencia. Es ésta una posición correcta para evitar que el contador-partidor pueda adjudicar bienes a un tercero extraño a la herencia, por estar fuera de su competencia el realizar actos de disposición.

Capítulo Tercero

Invalidez de la partición hecha por contador-partidor

31. Ideas generales

Por la ausencia de reglas jurídicas específicas aplicables a la invalidez de las particiones, no dejó de constituir un problema la aplicabilidad de los principios generales de invalidez de los contratos de la partición de herencia practicada por el contador-partidor.

El primer problema surgió cuando, como principio indubitable, la partición que el contador-partidor realiza, no depende del consentimiento de los herederos (174). El consentimiento de las partes interesadas, elemental en la formación de los contratos, no constituye un principio fundamental en la partición que realiza el contador-partidor. Por ello se reputa al contador-partidor como el testador mismo que reparte su patrimonio transmisible entre los instituidos (175). Puede decirse, que lo anterior tiene como consecuencia inevitable, que esa partición realizada, hasta cierto punto, por un extraño, debe mantenerse social y jurídicamente como sana y razonable, mientras un interesado no justifique judicialmente que la misma le ocasiona un perjuicio judicialmente que la misma le ocasione un perjuicio jurídico-económico (176) Cuando surge esa necesidad de atacar la partición hecha por el contador-partidor, por ha

ber ocasionado, en general, un perjuicio a un interesado, es necesario mantenerla diferenciada de aquellas otras pe ti ci o n e s a q u e l a s o n l o s h e r e d e r o s l o s q u e l a h a n h a n p r a c t i c a d o , p o r q u e s i e n d o u n i l a t e r a l o u r a l o t r a , e l l o p u e d e i n f l u i r e n l o s - p r i n c i p i o s e n l o s q u e a p o y a n l o s v a l i d e z . E s t o h a j u s t i f i c a d o , q u e l a j u r i s p r u d e n c i a n c i o n l a a t e n c i o n l o q u e e l c u a d e r n o s e c o n f u n d a n l o s m a n i f e s t a c i o n e s t a n l o s c o n v e n i o s q u e a p a r t e d e l a v o l u n t a d e l c o n t a d o r - p a r t i d o r , p u d i e r a n l o s h e r e d e r o s (177), p o r q u e s i r e s u l t a e n t r a s o s , u n - p e r j u i c i o p a r a a l g u n i n t e r e s a d o , é s t e p u e d a u t i l i z a r l o s m e d i o s i d o n e o s l o s h e c h o p o r e l c o n t a d o r - p a r t i d o r o l o c o n v e n i d o l o s i n t e r e s a p o y a n l o s h e c h o s o n l o s p r i n c i p i o s e n q u e s e a p o y a n l o s h e c h o s o n l o s p a r t i c i o n . N o e n v a n o , e x i s t e u n a t e n d e n c i a n c i o n l a j u r i s p r u d e n c i a n c i o n l a a s i g n a r l e a s q u e l a s f u n c i o n e s e n c u e n t r e n d e b i d a m e n t e l o s d e l c o n t a d o r - p a r t i d o r n o s e e n c u e n t r e n d e b i d a m e n t e l o s d e f e r e n c i a n c i o n l a s d e c l a r a c i o n e s t a n l o s h e r e d e r o s , u n c a r á c t e r c o n t r a c t u a l (178) d e l a s d e c l a r a c i o n e s t a n l o s h e r e d e r o s , u n c a r á c t e r c o n t r a c t u a l (179).

Con ello se evita, que bajo el ropaje de una partición unilateral que compete al contador-partidor en solitario, algunos herederos y no todos, puedan tomar acuerdos que - puedan perjudicar los intereses de los no intervinientes, es decir, que herederos ausentes en sentido lato, no presentes porque la índole de la partición que realiza el con t a d o r - p a r t i d o r , n o l o a m e r i t a , s e a n l e s i o n a d o s l o s con

venios que en la misma pueden adoptar los intervinientes, toda vez que al asignársele carácter contractual a la partición así practicada, resulta inválida, por la falta de la necesaria unanimidad de los herederos (180), invalidez que la autoridad judicial no puede remediar a través de una aprobación de los hecho (181).

El afán de diferenciar la partición que hace el contador-partidor, de la que practican los herederos, para facilitar en uno y otro caso, entre otras cosas, los diversos tipos de invalidez, al partir ambas clases de particiones, de principios jurídicos diversos, es cortado por la sentencia nº 108 de 13-XII-1955, la cual hace caso omiso de esa diferenciación y con el ánimo de disolver todas las dudas que dicha distinción puede acarrear, asimila la partición que realiza el contador-partidor a la que practican conjuntamente los herederos; con ello se pretende la aplicación a ambos tipos de partición, de un régimen jurídico contractual, con lo que a ambas clases de partición, resultan aplicables indistintamente, los mismos principios jurídicos de invalidez. Dice la mencionada sentencia: "aunque la partición practicada por comisario contador testamentario, tenga evidente carácter unilateral, requiere siempre "a posteriori", el concurso de la voluntad de los herederos y beneficiarios de la herencia para percibir el lote o participación que se les adjudica en ella, provocando en aquéllos, bien la conformidad que engendra el contrato, bien el disentimiento que lo excluye"; si el heredero adjudica-

tario dispuso de "los bienes adjudicados, lo que implica que se llegó a concluir y cerrar el contrato particional" (182).

Aunque la equiparación de la partición que el contador-partidor hace, con un contrato, no ha tenido eco en la jurisprudencia y la doctrina, la sentencia mencionada constituyó el avance en cuanto despejó el camino, para que posteriormente se consolidara la tesis, que ya era vieja en la doctrina, de que a las particiones, si bien la que realiza el contador-partidor no es semejante a un contrato (183), le son aplicables los principios generales de invalidez de los negocios jurídicos intervivos (184).

La postura de la jurisprudencia es también la de la doctrina y lo mismo que la primera, ésta acomoda en lo pertinente, los principios generales de invalidez de los negocios jurídicos intervivos (184).

La postura de la jurisprudencia es también la de la --doctrina y lo mismo que la primera, ésta acomoda en lo pertinente, los principios generales de invalidez de los negocios jurídicos a la partición que hace el contador-partidor. Así, Sánchez Román nos dice: "Ya se ha dicho repetidamente en qué términos ha de entenderse la eficacia de ésta clase de particiones... y desde luego se concibe que no es perfecta su equivalencia contractual, pudiendo deducirse, por esto, que no le sean aplicables para la rescisión todas las causas por las cuales se rescinden las obligaciones, y mucho más si se observa que el artículo 1.075 establece una

regla especial acerca de éste extremo, determinando una serie de excepciones del 1.073" (185); Valverde: "los artículos referentes a la nulidad de los contratos serán aplicables a la partición, debiendo tenerse en cuenta to do lo (referente) sobre nulidad de los actos jurídicos". (186); Borrel: "El artículo 1.073 no habla de la nulidad absoluta llamada inexistencia de la división; pero es evidente que si en ella falta alguno de los requisitos ex presados en el artículo 1.261, la división no tendrá eficacia" (187); Castán: contra la partición, como negocio jurídico, caben las siguientes acciones: nulidad, rescisión, modificación o complemento. Le son apliables "los principios generales del derecho sobre nulidad de los actos jurídicos, y principalmente de los intervivos o contratos. Puede también aplicarse... admitiendo particiones anulables y particiones radicalmente nulas". Cita al efecto los artículos 1.300 a 1.314 y 1.262 a 1.270 del Código civil (188); Demófilo: "aunque el Código civil diga que las particiones se rescindan por las mismas causas que las obligaciones, aludiendo así sin duda especialmente a la doctrina contenida en sus artículos 1.290 a 1.299, tal afirmación debe acomodarse a la variada naturaleza de la partición, que no siempre es un contrato" (189) y Albaladejo: "Como cualquier otro negocio, la partición puede ser inválida, y a falta de preceptos específicos sobre el caso, se aplicarán las reglas generales adecuadas de la invalidez de los negocios jurídicos, de los cuales la partición es uno intervivos. No así la hecha por el testador, que es -

mortis causa, ni la judicial, que no es un acto negocial" (190).

De conformidad con lo expuesto, la partición que realiza el contador-partidor no se encasilla dentro de un régimen jurídico contractual, con lo que dicha partición - conserva sus características peculiares y se facilita, a su vez, cuando proceda, su invalidez mediante la aplicación de los principios generales de invalidez de los negocios jurídicos intervivos.

Desde esta perspectiva, la partición de herencia que hace el contador-partidor, considerada como negocio jurídico, la ausencia o defecto en éste de los presupuestos de validez, como principios abstractos, pueden adaptarse con más o menos certeza a la partición de la herencia que aquél realiza y obtener consecuentemente, su invalidez. No obstante, nuestro interés no es realizar un estudio por menorizado de los presupuestos de validez, su ausencia o los vicios de los mismos y la clase de invalidez que producen en la partición, sino exponer, lo que con más o menos reiteración ponen de relieve la jurisprudencia y la doctrina, en orden a la concreta partición que el contador-partidor realiza sobre la herencia.

32. Invalidez de la partición hecha por contador-partidor incurso en la prohibición del artículo 1.057; matices que puede presentar.

"La razón de ser ésta prohibición - dice Sáenz de Santa María refiriéndose al artículo 1.057 del Código civil,

está plenamente justificada, ya que por tener los herederos un interés personal en la partición ello podría inducirles a obrar con parcialidad en la práctica de la misma" (191)

De acuerdo con lo anterior e independientemente de que el contador-partidor incurso en la prohibición del artículo 1.057, cause un perjuicio al partir la herencia, a los interesados, la invalidez de la partición procede, por clara prohibición legal y no porque origine un perjuicio la partición de herencia hecha por un contador-partidor heredero. En consecuencia, esa invalidez tiene como premisa necesaria, comprobar que el contador-partidor nombrado por el testador, lo alcanza la prohibición del artículo 1.057 y no que la partición causó un perjuicio, en cuyo caso habría que aducir otro tipo de invalidez no fundada precisamente en el artículo 1.057 del Código civil. Por esto no puede aducirse, que partición realizada por un contador-partidor incurso en la prohibición de dicho artículo, sea válida si no se causó a los interesados un perjuicio, porque la invalidez no la origina el perjuicio causado, sino la prohibición que aquél artículo contiene.

Para Hernández Gil, la partición realizada por un contador-partidor al que el artículo 1.057 prohíbe hacerla, es nula; se trata de una "nulidad estructural" referida a "la fase de formación de la partición". (192) La prohibición del artículo 1.057 para evitar que un heredero sea contador-partidor, envuelve un problema de legitimación,

que afecta en lo fundamental, a los que tengan la cualidad de herederos, los cuales no pueden partir por ello, la herencia. Es entonces una cuestión de competencia (193) La competencia coloca a quien hace la partición de la herencia, en nuestro caso al contador-partidor, en una particular posición jurídica respecto al testador, a los herederos y a la herencia, para que lo que haga relativo a ellos, es decir, para que el proceso particionario que haga, surta los efectos normales. En este sentido, todos los actos que el contador-partidor heredero realice, son inválidos, porque carece de esa peculiar posición que le confiere la competencia. Desde ésta perspectiva, el contador-partidor incurso en la prohibición del artículo 1.057, nunca puede hacer dueños de los bienes hereditarios a través de la partición, a los demás herederos, ni hacerse tampoco él dueño, por ser él también coheredero, de lo que le dejó el testador (194).

Esta situación puede presentar varios matices:

1. Si un contador-partidor incurso en la prohibición del artículo 1.057 del Código Civil, realiza la partición de la herencia, conociendo o ignorando dicha prohibición, esto -- puede general el funcionamiento de un contador-partidor aparente, cuya partición origina la adquisición de un derecho de propiedad concreto en el heredero. Igualmente, para algunos interesados el contador-partidor será verdadero, pero - otros estarán convencidos de la falta de idoneidad del contador-partidor para hacer los dueños de lo que en la heren-

cia les pertenece en abstracto. ¿Qué importancia puede tener la buena o mala fé, en orden a una prohibición legal?

El conocimiento o ignorancia del contador-partidor o de los coherederos, parece no influir en la piedra de la ley, cuando la prohibición no depende de ninguno en particular, por lo que tanto los herederos de una u otra clase, pueden solicitar la invalidez de la partición en juicio declarativo, para cancelar los asientos que pudo originar la inscripción de la partición y promover el correspondiente juicio voluntario de testamentaría; pero los terceros de buena fe adquirentes de un derecho o de un bien, en la herencia o de un coheredero, respectivamente, deben ser protegidos, si la invalidez solicitada por cualquier interesado prospera, por haberse demostrado, que el contador-partidor no podía serlo de conformidad con el artículo 1.057. Lo anterior, parece que no puede ser de otra manera, porque los herederos no pueden influir en una prohibición legal con su conocimiento o con su ignorancia, de la incompatibilidad del contador-partidor.

2. Si el contador-partidor alcanzado por la prohibición del artículo 1.057 del Código civil termina las operaciones particionales, pero éstas no se inscriben o su inscripción no procede, porque todavía no han sido finalizadas o porque los bienes que reparte no son registrables, los herederos -interín- pueden convenir la partición por sí mismos, lo que resultará quizás difícil, porque el contador-partidor -

heredero, no se mostrará de acuerdo, sino con la partición que él ha hecho o que está haciendo. No obstante, - la promoción del juicio voluntario de testamentaria por cualquier interesado, constituirá una feliz solución al asunto. La partición contractual o la promoción del juicio voluntario de testamentaria es procedente, en su caso, sin necesidad de solicitar la invalidez de lo hasta ahora hecho por el contador-partidor incurso en la prohibición, porque lo practicado no ha producido ningún efecto jurídico real y efectivo. Este caso es comparable al resuelto por la sentencia nº 36 de 8-II-1892 (195), en el cual, la testadora nombró contador-partidor a un heredero y antes de que éste practicara las distintas operaciones particionales, otros herederos promovieron el juicio voluntario de testamentaria, sin necesidad de incoar la invalidez previa de aquél nombramiento, porque - se sobreentiende, que el mismo se debe tener por inexistente por ir contra una prohibición legal, lo que acredita a su vez, la legitimidad para promover el juicio voluntario de testamentaria, sin obstáculo alguno.

3. Invalidez de la partición de la herencia realizada por un contador-partidor que renuncia a su porción hereditaria a favor de un partícipe, pero no de todos. "No es lícito - dice la resolución nº 42 de 12-XI-1895- en - buenos principios de Derecho, afirmar que una incapacidad establecida... por razones de interés público, superiores al arbitrio particular, pueda desaparecer mediante actos

personales del incapaz" (196).

La anterior resolución, sin que explícitamente lo haga ella misma, puede apoyarse en lo siguiente:

Primero: En que la renuncia, como dato objetivo, que tiene como resultado el dejar pasar la posibilidad - de que participe en la herencia, no borra el vínculo subjetivo y en general sanguíneo, entre los interesados en el caudal relicto, vínculo que permanece, pese a aquella renuncia, inalterable y por ello, capaz de inducir al contador-partidor a no distribuir la herencia con imparciali--dad. En el sentido expresado, podemos citar a Mario Arme--ro, el que no aborda el tema específico, pero que habla - en general, de interesados en la herencia, a los que rotundamente niega la posibilidad de hacer la partición de la - herencia. Hacemos énfasis en el adjetivo interesados. Di--ce el mencionado escritor: "Facultad que no puede atribuirse a uno de los interesados porque carecerá de la indepen--dencia e imparcialidad imprescindibles para resolver dichos intereses". (197).

Segundo: En que pese a aquella renuncia material, la cualidad inmaterial del ser coheredero permanece inaltera--ble, es decir, que como cualidad persiste (198), indepen--dientemente si se produce o no la renuncia y aunque existan o no bienes hereditarios.

Aparte de lo anterior y volviendo de nuevo a la re--solución citada, expresamente se muestra de acuerdo con -

ella, Escobar de la Riba, "ningún herederos instituido - puede ser Contador-Partidor ni aunque renuncie a su porción hereditaria" (199)

Sin embargo, la sentencia nº 108 de 13-VI-1898 - (200) y la resolución nº 85 de 5-X-1900 (201) abren la posibilidad de que si en un sujeto, concurren el nombramiento de contador-partidor y el de heredero y el mismo renuncia a ésta última cualidad, la partición que practica que es válida. La misma posición adopta la sentencia nº 19 de 18-V-1932 (202). La validez de la partición que realiza el contador-partidor renunciante de lo que le pertenece en la herencia, a que se refiere la jurisprudencia recién citada, se encuentra acreditada por la mayoría de los escritores y entre ellos, Roca Sastre, Sáenz de Santa María y Albaladejo (203).

Con la sentencia nº 465 de 18-V-1962 se apuntala - efectivamente el principio en virtud del cual, la partición de herencia que hace el contador-partidor es válida si del designado renuncia a lo que la corresponde en el caudal relicto, pero a favor de todos los interesados y de nadie en particular, para evitar que cuando el contador-partidor renunciante de su cuota hereditaria, divida la herencia, muestre alguna parcialidad a favor de aquél o de aquellos herederos, a quienes única y exclusivamente beneficie la renuncia (204). En suma, la renuncia a favor del todo impide la parcialidad de que pueda abrigar el contador-partidor y consecuentemente, imposibilita la invalidez

que pueda aducirse sobre esa partición hereditaria.

Por otra parte, la renuncia del heredero de su cuota hereditaria a favor de ningún coheredero en particular, sino de todos, impide que un contador-partidor heredero, para retener el cargo, renuncie o transmita su participación en la herencia a favor de un único heredero y luego, terminadas las operaciones particionales, éste último retransmita lo que de aquél adquirió.

Este efugio encuentra mayores dificultades si la renuncia que el contador-partidor hace de su cuota hereditaria, lo es para favorecer a todos, pero a ninguno en particular.

4. Invalidez de la partición de herencia realizada - in solidum, por dos contadores-partidores, uno incurso en la prohibición del artículo 1.057 del Código civil y otro no alcanzado por esa prohibición.

La partición de la herencia realizada por dos contadores nombrados solidariamente para ejercer el cargo, es válida, aunque a uno de ellos, lo alcance la prohibición del artículo 1.057 por ser coheredero.

Lo anterior resulta de dos principios:

Primero: aunque el contador-partidor-solidario-coheredero no intervenga en la partición de la herencia realizada en solitario por el otro contador-partidor no incurso en la prohibición, la partición de herencia es válida, en virtud del principio de la solidaridad, por el cual, --

cualquiera de los contadores-partidores nombrados en solitario, puede hacer la partición hereditaria.

Segundo: aunque el contador-partidor coheredero intervenga en la partición de la herencia, ésta es válida, - si el otro contador-partidor no incurso en la prohibición del artículo 1.057, intervino en la partición. Solamente la intervención en solitario del contador-partidor coheredero, es la única capaz de originar la invalidez de la partición. Lo expuesto se desprende de la resolución nº 85 de 5-X-1900 que dice: "Si bien la viuda del testador debe abstenerse de practicar en el referido caso dichas operaciones si fuese partícipe en la herencia, con arreglo al artículo 1.057, semejante intervención no sería motivo de nulidad de las operaciones si éstas hubiesen sido también practicadas por otros albaceas partidores nombrados in solidum" (205). En el mismo sentido, la sentencia nº 12 de 9-IV-1904 admitió la validez de una partición practicada por un contador-partidor-solidario-heredero, porque también intervino otro contador-partidor no alcanzado por la prohibición del artículo 1.057. Dice la mencionada sentencia: "las particiones fueron intervenidas y aprobadas por D..., en quien no concurre la circunstancia de ser coheredero y estaba facultado para hacer por sí sólo la división como albacea solidario nombrado con tal facultad por los testadores" (206).

De acuerdo con lo expresado, la solidaridad constituye un principio importante que impide la invalidez de la partición de la herencia, cuando entre los contadores-parti

dores in solidum, se encuentra, por haber sido designado, un coheredero. La intervención del otro o de los otros - contadores-partidores no incursos en la prohibición, convalida la actuación del contador-partidor heredero. Por - una parte, esto constituye un eficaz mecanismo de control de la partición de herencia de un heredero contador-partidor a otro contador-partidor no heredero, a través del nombramiento in solidum; pero por otro lado, es una manera bastante fácil para hacer caso omiso de la prohibición que el artículo 1.057 del Código civil mantiene.

La sentencia nº 19 de 18-V-1932, contempla un caso en el que fueron nombrados dos albaceas contadores-partidores "juntos o in solidum", contrariando uno de ellos lo dispuesto por el artículo 1.057; se planteó la nulidad de la cláusula testamentaria que acordó aquél nombramiento y la misma no fue acogida, porque "habrá que esperar a que se haga la partición para ver si hay en ella defecto que la invalide" (207).

Lo anterior pone de relieve, que ni siquiera es procedente la nulidad de la cláusula testamentaria que acuerda el nombramiento de un contador-partidor heredero incursado en la prohibición del artículo 1.057 y confirma lo resuelto por la resolución nº 85 de 5-X-1900, en cuanto la invalidez puede resultar únicamente si es el contador-partidor solidario-heredero, el que prescinde del otro contador-partidor no incursado en la prohibición y hace por sí mismo una partición de herencia, para la que jurídicamente no está le

gitimado; invalidez que deriva no de los principios que - informan la solidaridad en la ejecución de las particiones en cuanto que reunidos, los contadores-partidores solidarios no pueden prescindir, unos de los otros en la realización de la partición (208), sino por la prohibición que - contiene el artículo 1.057 del Código Civil, es decir, el ser el contador-partidor un coheredero.

33. Invalidez de la partición si el contador-partidor no cursa la citación a que se refiere el artículo 1.057 párrafo segundo del Código Civil.

Si entre los coherederos existe un menor de edad o su jeto a tutela, el contador-partidor está en el deber jurí dico ineludible, de citar a todos los acreedores, coherederos y legatarios, para que presencien la conformación - del inventario.

La resolución número 156 del 18-VIII-1909 califica a esa citación de esencial "para la validez de las operacio nes practicadas por los Contadores partidores" (209) Esa calificación de esencial la reitera la resolución nº 105 de 21-XII-909. (210).

Lo que quiere dar a entender la jurisprudencia, es que la citación es un requisito imprescindible que debe ser ob servado por el contador-partidor, por disposición legal, - para el control en la confección del inventario, por parte de los interesados en el caudal relicto: acreedores, here- deros y legatarios; "medida de precaución - dice la senten

cia nº 401 de 23-XII-1976, tomada por el legislador en - el exclusivo interés de éstas personas" (211). Desde este punto de vista, la ausencia o el defecto en la cita--ción, acarrea la invalidez de las operaciones particionales.

La ausencia de la citación se produce cuando el contador-partidor no cursa la misma a todos los interesados, sino a uno o a unos pocos (212), o aún habiéndola enviado a todos, un partícipe en la herencia demuestra en juicio lo contrario. El defecto en la citación se produce cuando el contador-partidor citó a los incapaces, pero no en la - persona de sus representantes legales, o no señaló en la misma, el lugar, la hora y la fecha para practicar el inventario. Estos defectos vendrían a constituir los requisitos de la citación: "tratándose de una partición extrajudicial, no es indispensable que la citación para el inventario reúna los requisitos exigidos por los artículos 270 y concordantes de la Ley de enjuiciamiento civil, siendo válida de cualquier forma que se haga, siempre que contenga la indicación del objeto, lu-gar y fecha" (213).

En todo caso, la ausencia o el defecto en la citación, indistintamente, produce el mismo grado de invalidez de la partición, porque cualquier defecto en la misma, es como si la citación efectivamente no se hubiera producido.

Hernández Gil observa en la citación y en la formación del inventario, un todo jurídicamente inescindible, por lo que si el inventario se produce sin la citación ordenada -

por el artículo 1.057 párrafo segundo del Código civil, "el acto jurídico del inventario" es nulo: "Nos hallaríamos frente a un acto jurídico incompleto dependiendo su posterior eficacia de dos circunstancias: si puede o no ser completado o revalidado y si el elemento que falta es o no esencial. Pensamos que no puede ser completado una vez consumadas las demás operaciones particionales porque la citación sólo pudo realizarse eficazmente en una época determinada: al tiempo de la confección del inventario; si el Código obliga a que el inventario se perfeccione con citación de determinadas personas, una vez concluídas las otras operaciones posteriores es totalmente imposible completar el acto jurídico del inventario como operación preliminar. Además, el elemento que falta en la formalización del inventario es esencial". "El requisito en estudio forma parte de la estructura del acto particional" (214). En el mismo sentido se expresa Borda: "El inventario debe hacerse previa citación de los herederos, bajo pena de nulidad" (215).

De lo expresado por Hernández Gil se desprende lo siguiente: Primero: si el contador-partidor no cursa la citación respectiva y el mismo reconstruye el as hereditario sin posibilidad de que los interesados puedan presentarlo; como la práctica del inventario se consumó, es necesario invalidarlo para que los interesados se encuentren en la posibilidad de observar su conformación. De acuerdo, con lo anterior es preciso tener por nulo lo realizado. -

Segundo: la citación es requisito del inventario, o más bien, la citación es condición de validez del inventario desde que forma parte de su estructura. Hasta aquí una interpretación más o menos aproximada de lo expresado por dicho autor.

La jurisprudencia, por el contrario, mantiene el siguiente punto de vista: Primero: No le otorga a la citación a que se refiere el artículo 1.057 párrafo segundo la debida importancia, desde que la sola afirmación del contador-partidor de que envió la citación es suficiente para tenerla por practicada (216), con lo que la citación corre el peligro de caer en una cuestión de estilo y parece que así es, porque tampoco se le exige al contador-partidor que la haga observando ciertas formalidades. La resolución nº 105 de 21-XII-1909 quiso que la citación fuera realizada con todo detalle; "la disposición del párrafo segundo del artículo citado del Código civil debe ser exactamente cumplida..., fijando con toda claridad su aplicación, justificando los particulares del caso y acreditando fehacientemente la citación de los interesados"; "en la escritura..., lejos de consignarse los particulares pertinentes, se omite la edad de los coherederos, no se hace alusión a la existencia de entre ellos de menores, ni se indica la forma en que las citaciones han sido practicadas, como si tales requisitos fueran in diferentes para la validez de la escritura" (217).

Sin embargo, ha llegado a prevalecer lo contrario, co

mo lo ponen de relieve la siguiente jurisprudencia dictada con posterioridad a la recién citada. Así la resolución nº 34 de 30-IV-1917 deja a discreción del contador-partidor la forma de llevar a cabo la citación. Dice la mencionada resolución: El contador-partidor manifiesta - que el inventario y el avalúo se practicó "previa citación de los herederos, representación de uno de estos y legatarios, y aunque a los efectos de preconstituir una prueba del acto jurídico, hubiera sido conveniente manifestar la forma en que se llevaba a cabo, no puede negarse a la declaración hecha por dicho Comisario y autenticada reglamentariamente, la natural consecuencia de satisfacer a las exigencias del artículo 1.057 del Código Civil" (218) Lo anterior lo reiteran la resolución nº 102 de 6-III-1923 (219) y la sentencia nº 60 de 26-XI-1855 (220). Segundo: Todo lo expresado tiene como lógico corolario, que la ausencia o el defecto en la citación es subsanable, así lo dice la sentencia nº 401 de 23-XII-1976: "citación cuya falta u omisión no vicia de nulidad radical o absoluta las operaciones particionales realizadas, pero sí de su nulidad relativa o anulabilidad, la cual únicamente puede ser reclamada por aquellos en cuyo favor o beneficio se ha establecido la garantía, esto es, por los coherederos, acreedores y legatarios" (221).

Desde la perspectiva de la jurisprudencia puede decirse, que la citación y el inventario puede concebirse como dos actos diferenciables, porque la ausencia o el defecto

en la citación, tiene sus propios mecanismos de validez, independientemente de que el inventario sea o no correcto. No obstante, que la citación lo es para la formación del inventario, la citación como requisito, se queda en requisito mismo - el requisito por el requisito -, porque - el inventario es válido aunque los interesados, una vez citados, no comparezcan al acto de su formación. Por otra parte, es anulable la partición, en la que la citación no se produzca o aunque se produzca, lo sea de manera defectuosa, porque existe la posibilidad de subsanarse una vez finalizadas las operaciones particionales, mediante una simple manifestación del contador-partidor, de que cursó la citación en estudio y esto podrá hacerlo, aunque ya no se encuentra en el ejercicio de sus funciones, porque se trata de acreditar un acto referible al momento de ser contador-partidor, es decir, al momento en que debía cursarse la citación. De todo lo anterior se colige, que si el contador-partidor no cursa la citación a que se refiere el artículo 1.057 párrafo segundo del Código Civil, la validez de la partición de la herencia depende de que dicha omisión sea subsanada a través de dos maneras, una, mediante manifestación unilateral del contador-partidor de que - envió la citación respectiva, o bien, otra manera de subsanar el defecto de aquella citación, es por manifestación - de los interesados, en el sentido de que efectivamente fue ron citados para el inventario, aunque no lo hayan sido en realidad. No obstante, en ambos casos, cualquier interesado que se encuentre en posibilidad de demostrar que la ci-

tación en estudio no se produjo o que si se produjo lo fue defectuosamente, puede impugnar la validez de la partición de la herencia.

34. Invalidez de la partición de herencia por ausencia o defecto en la representación de manores interesados en la herencia.

For regla general y aparte de otros incapaces para intervenir por sí mismos en la partición de la herencia, la jurisprudencia y la doctrina hacen referencia constantemente, por ser los casos más comunes, a la partición de la herencia en la que tienen interés menores de edad no emancipados, así como a la necesidad de suplir de alguna manera esa incapacidad para impedir la invalidez de la partición de la herencia.

Desde el siglo pasado la representación aneja a la patria potestad es la autorizada por la jurisprudencia para que el ascendiente supérstite represente a sus hijos menores no emancipados en la partición de la herencia. Como - ejemplo tenemos la resolución de 29-IV-1885 que dice: "Es doctrina ya admitida por esta Dirección, que se halla vigente, la orden de 6 de noviembre de 1868, según la que no es necesaria la aprobación judicial en las particiones en que hay interesados menores, si éstos han sido representados por sus padres en virtud de la patria potestad" (222) En este mismo orden de idean deben citarse las resoluciones nº 25 de 13-IV-1892 y de 6-IX-1897 (223).

No obstante, y en virtud de la existencia de intereses contrapuestos en torno a los bienes hereditarios entre el ascendiente sobreviviente y los menores de edad no emancipados, que imposibilita la representación, hubo necesidad de buscar un nuevo remedio legal para mantener la validez de la partición de la herencia. Esta validez trató de mantenerse recurriéndose a la aprobación judicial de la partición de la herencia, ya que, por medio de la intervención judicial se pretendió suplir la incapacidad de los menores no emancipados, o dicho de otra manera, por medio de la intervención judicial se pretendió suplir la imposibilidad del cónyuge supérstite para representar a sus menores hijos, por la existencia de intereses contrapuestos entre uno y otros (224) , pero sobre todo, lo anterior viene determinado por el contenido del artículo 1.049 de la ley de enjuiciamiento civil (225); por ello, un problema que lo que exigía como solución era una representación en sentido estricto, se pretendía convalidar a través de una aprobación judicial, que tiene la mayoría de las veces mucho de automatismo y poco de protección de intereses, por la ausencia de litis en sentido estricto. La invalidez de la partición de la herencia se encausaría entonces, no a través de una acción de nulidad por falta o defecto en la representación de los menores de edad no emancipados, sino por la ausencia de una aprobación judicial.

No obstante, por la existencia de derechos contradictorios entre el padre o madre sobreviviente y los menores de

edad no emancipados, no se pudo prescindir, atendiendo a los principios que regulan la representación, del nombramiento de un tercero que cuidase de los intereses de aquellos, aunque siempre se tenía como requisito de la validez de la partición, la aprobación judicial. Lo anterior lo pone de relieve la resolución de 9-IX-1895 cuando dice: "Mediando menores han de someterse las particiones a la aprobación judicial y si aquellos, por incompatibilidad de su madre, están representados por una tercera persona, no será pertinente al caso la cita del artículo 1.060, sino la regla general del 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento" (226). La resolución nº 42 de 12-XI-1895 hace eco de la anteriormente citada (227). Lo expresado podría decirse que implica una desconfianza a la representación considerada en sí misma y ejercida por un tercero, toda vez que exige en último término, como requisito de validez de la partición de la herencia, la aprobación judicial, pese a que - aquella representación funcione plenamente; por lo ante--rior la invalidez de la partición de la herencia tenía no sólo apoyo en la falta o defecto de la representación de los menores, sino en el requisito de la aprobación judicial, en forma independientemente.

No fue sino la resolución nº 56 de 5-X-1893 que declaró expresamente que el artículo 1.057 del Código civil derogaba el artículo 1.049 de la Ley de enjuiciamiento civil y por consiguiente, la partición hecha por el contador- -partidor no era necesario que fuera aprobada por la auto-

ridad judicial (228). En el mismo orden de ideas se colocan las dos siguientes resoluciones: la nº 31 de 21-I-1898 (229) y la nº 159 de 26-VIII-1909 (230). No obstante que las tres resoluciones citadas no envuelven un problema de representación que influya en la validez de la partición, lo expresado por ellas constituye un avance en - cuando alejan la partición que hace el contador-partidor de la aprobación judicial, aunque existan menores de edad interesados en los bienes hereditarios, despejando el camino a la posterior jurisprudencia para resolver el problema de la representación en sentido estricto y libre de la intervención judicial. Así, alejada la partición de herencia hecha por el contador-partidor de la aprobación judicial, es necesario resolver la validez de dicha partición cuando existen menores interesados cuyos derechos difieren de su ascendiente. La resolución nº 92 de 4-XII-1912 es la primera que habla de la necesidad del nombramiento de un defensor: "para suplir la falta de capacidad de los hijos no emancipados, siempre que en algún asunto tengan - un interés opuesto al del padre o madre en cuya potestad - estén, debe nombrársele un defensor que les represente en juicio o fuera de él, con lo cual cesa para aquél extremo o negocio la representación civil aneja al ejercicio de la patria potestad" (231). Este principio se consolidará en - el transcurso del tiempo y es el que hoy prevalece, consecuentemente, si antes de ese principio, la invalidez de la partición podía derivar de la falta de aprobación judicial, hoy la invalidez deriva de la falta de nombramiento de de-

defensor, cuando al ascendiente no le corresponde la representación de los menores de edad no emancipados por la existencia de intereses contradictorios (232).

De acuerdo con lo expresado y como principio de validez, el contador-partidor debe sustituir aquella representación unida a la patria potestad, mediante el nombramiento de un defensor de menores, que ejercite los derechos - de éstos tanto judicial como extrajudicialmente:

"el Albacea... por la responsabilidad que le alcanza dada la comisión de confianza, que le fué encomendada, es quien debió solicitar la intervención del defensor judicial, al conocer que tenía que conjugar derechos de unos y deberes de otros, que no eran conciliables, y en defensa de éstos debió promover su nombramiento para que en nombre de ellos interviniera" (233).

La necesidad de nombrar un defensor a los menores que tengan interés contrapuesto a su ascendiente en la herencia, es para que dichos menores puedan a través de una nueva representación:

1. Recibir la citación a que se refiere el artículo 1.057 párrafo segundo del Código civil.
2. Vincular jurídicamente a los menores cada vez que se requiera su consentimiento (234)
3. Para que los menores interesados soporten los efectos jurídicos de la partición de la herencia (235).
4. Aceptar, renunciar o repudiar la herencia.

De acuerdo con lo expresado, la ausencia o defecto - en la representación de los menores no emancipados, en-- vuelve un problema de incapacidad, que en apariencia tiene más o menos relevancia, según se trate de una parti-- ción hereditaria realizada por los interesados o de una partición practicada por el contador-partidor, pero que, en ambos casos, si no es suplida adecuadamente, origina la nulidad de las operaciones particionales, sobre todo, porque con aquella representación se pretende resolver una cuestión fundamental: el consentimiento libremente prestado.

Un menor de edad no puede ponderar por sí mismo, la - trascendencia de una partición contractual y en nuestro - caso, es decir, en la partición de herencia hecha por el contador-partidor, tampoco puede valorar la importancia de la citación para la conformación del inventario, y en am-- bos casos, los efectos de unas operaciones particionales, porque cualquiera que sea el carácter de la partición de la herencia, el menor se encuentra, como cualquier otro - heredero, en una determinada posición jurídica respecto a la masa hereditaria, a los demás herederos, legatarios y acreedores. Si bien, tanto en la partición contractual como en la que hace el contador-partidor, la nulidad de la - partición hereditaria por falta o defecto en la representación de los menores no emancipados, se apoya en distintas normas legales. Así en la partición contractual en la que los menores interesados no tienen una representación ade--

cuada la jurisprudencia funda una nulidad de la partición en los artículos que regulan el consentimiento relativo a los contratos (artículos 1.261 a 1.270 del Código civil): "aún cuando nuestro primer Cuerpo legal civil carezca, casu en absoluto, de normas relativas a la nulidad de las -- particiones hereditarias, es indudable que cuando la parti ción tenga la naturaleza de un contrato (esto es, cuando - lo realicen, no el testador o el comisario nombrado por él, sino los interesados de común acuerdo), habrá de serle apli cable el derecho común de los contratos, o sea, si de anula bilidad se trata, el establecido en los artículos 1.300 a 1.314; de tal modo que serán base de ella las causas mismas que pueden motivar la nulidad de los contratos, o sea los - defectos de capacidad y de consentimiento a que se refieren principalmente los artículos 1.262 al 1.270, y entre los - cuales se ha de incluir la falta de representación o de ha bilitación adecuada de los menores de edad" (236).

En esta misma secuencia debe citarse la sentencia nº 4 de 2-XI- 1957 (237) que copia literalmente la recién cita da. Ahora bien, si la partición de la herencia no es con-- tractual, sino que es de aquellas que realiza el contador- partidior en forma unilateral, la jurisprudencia funda la - nulidad de esa partición, cuando no se provee de defensor o se le provee indebidamente, a los menores de edad no emanci pados interesados en el caudal relicto, en los artículos - 1.165 y 1.057 del Código civil, artículos que son calificados por la misma jurisprudencia como "derecho necesario" (238)

Esta opción legal, por decirlo así, otorga a la partición que hace el contador-partidor cierta autonomía en orden a la invalidez, sin necesidad de acudir a los principios generales de invalidez de los negocios jurídicos intervivos.

35. Invalidez o adición de la partición de herencia por omisión de bienes hereditarios.

1. Ideas generales

El el artículo 1.079 del Código civil podemos distinguir tres aspectos. El primero alude a un aspecto subjetivo referible a quien realiza la ejecución testamentaria y que en nuestro caso corresponde al contador-partidor. El segundo hace referencia a la omisión de bienes hereditarios en la partición de la herencia, independientemente de quien realiza la partición, pero que repercute en lo que a cada uno de los herederos le corresponde percibir, en una forma más o menos grave. Un tercer aspecto se centra en el remedio que amerita la omisión de esos bienes en la partición: la invalidez de la misma, o bien, la partición adicional. Como éste tercer aspecto depende de la posición que se adopte en orden a los dos precedentes, centraremos el estudio - del artículo 1.079 del Código civil a partir del sujeto que la realiza, para luego entrar en el estudio de la omisión como dato objetivo, que nos dará como conclusión cuál sea el remedio que debe emplearse para solucionar los varios problemas que plantea la omisión de bienes en la partición de la herencia.

2. El aspecto subjetivo

La omisión de bienes hereditarios en la partición a que se refiere el artículo 1.079 del Código civil, tiene su origen, en los casos más frecuentes, en el dolo, la mala fe o en el error, origen que podría denominarse, siguiendo a Albaladejo (239), como la voluntariedad o la in voluntariedad en no dividir la totalidad de los bienes he reditarios sujetos a la partición.

Esa voluntariedad o involuntariedad tienen un substrato: el conocimiento o la ignorancia en la omisión de bienes de la herencia en el proceso particionario, que causa en más o en menos, un perjuicio a uno, a unos pocos o a todos los herederos, según el valor de los bienes hereditarios omitidos.

Desde el punto de vista del contador-partidor qué influencia puede tener el conocimiento o la ignorancia del mismo, en omitir uno o varios bienes hereditarios en la partición que realiza? En circunstancias normales, por ejemplo, que no esté pendiente el cumplimiento de una condición por cuya razón haya que excluir un bien de la herencia en la partición, etc. el contador-partidor está obligado a partir la totalidad de los bienes de la herencia sin omisión de ninguno, salvo por causas justificadas, como la expresada como ejemplo, que, en todo caso, debe poner en conocimiento de los interesados. En el sentido expresado, al contador-partidor solamente se le puede tolerar que omita bienes hereditarios en la partición, por error, por ignorancia,

de buena fe, por convencimiento personal de que no debía partirlos, porque eran ajenos. No obstante, si le atribuimos dolo o mala fe al contador-partidor al no incluir en la partición alguno o algunos bienes de la herencia, será procedente la invalidez de la partición en lugar de la adición de la misma? Parece que el dolo o la mala fe carecen de importancia, para apoyar una nulidad de la partición practicada por el contador-partidor, si en función de esos vicios, éste omitió bienes hereditarios en la partición; porque aparte de que la omisión sea o no importante, el dolo o mala fé empleada por el contador-partidor, no tienen una contraparte frente a la cual desarrollarse, desarrollándose que sí es efectivo y relevante en los contratos (240).

De acuerdo con lo expuesto, el dolo, la mala fe o el error, carecen de importancia a los efectos de decretar la nulidad de una partición en la que el contador-partidor omitió bienes de la herencia, siendo procedente en lugar de esa invalidez, la partición adicional de lo omitido. Por otra parte, el error particular, debe ser excluído como motivo de invalidez de la partición de una herencia, según Polacco, por las siguientes razones: porque considerado en sí mismo es causa de invalidez, porque puede confundirse con la lesión y esto amerita una impugnación típica, porque el error puede adoptar formas muy variadas y perjuicios que cause, pueden repararse no necesariamente a través de la invalidez (241). Igualmente Trabucchi, por su

parte, le niega importancia a la influencia que puede tener el error en las particiones de herencia, atendiendo a la estabilidad de las relaciones jurídicas, sin embargo, si es causa de la omisión de un bien hereditario declara procedente la división suplementaria (242). Borrrel tampoco insiste en la causa de la omisión de bienes hereditarios en la partición y la considera como un defecto subsanable, "porque sin restar validez a la división, exigen rectificaciones" (243). En el mismo sentido se expresa Guilarte Zapatero, quien al comentar el artículo 1.079 del Código civil afirma que el mismo alude a un error intrascendente: "Parece evidente que, en definitiva el error que contempla el artículo 1.079 será de la misma naturaleza que aquellos referidos en el artículo 1.266, último párrafo: y como nota típica que ninguna de estas categorías dan lugar a una válida impugnación de los respectivos negocios a que se refieren, sino una simple corrección, en el error contractual de cuenta, y la posibilidad de continuar la partición en el supuesto que contempla el artículo 1.079". (244). Para Giannattasio, aún la ocultación de un bien hereditario en la partición, es un vicio que produce una omisión, que amerita una partición suplementaria. El mismo autor reconoce, que si el error ó la ignorancia sobre la existencia de bienes hereditarios, producen una omisión involuntaria, la misma merece una partición suplementaria y no una nulidad y aún, el ocultamiento malicioso de una parte de los bienes comunes, tiene igual remedio, antes que una anulabilidad (245).

En orden a la jurisprudencia, la primera sentencia que hizo referencia al aspecto subjetivo, pero que no obstante, no le otorgó ninguna importancia, es la número 112 de 2-VII-1908. En efecto, al comentar el artículo 1.079 del Código civil afirma, que el mismo no distingue "causas" es decir, los motivos por los cuales se omitieron bienes hereditarios en la partición: dolo, mala fé o error. Desde este punto de vista, es decir, sin atender al aspecto subjetivo, propugna el remedio de la partición adicional (246).

La sentencia nº 117 de 16-VI-1915 sigue la misma línea que la precedente, sin concederle relevancia jurídica a la voluntariedad o in voluntariedad de la omisión y aún siendo ésta omisión no ya involuntaria, sino voluntaria, concede el mismo remedio: la partición adicional y ello porque el artículo 1.079 no mencione ningún motivo que cause aquella omisión (247).

Esa falta de transcendencia jurídica de los vicios más frecuentes: el dolo, la mala fe, o el error en función de la omisión de bienes hereditarios en la partición de herencia, tiene, como se puede vislumbrar en lo expuesto anteriormente, las siguientes consecuencias inevitables:

Primera: una sobrevaloración de la omisión, la cual considerada en sí misma, basta que se compruebe, para que se decrete la partición adicional. En este orden de ideas cabe citar a la sentencia nº 112 de 2-VII-1908, que dice: "el artículo 1.079 del Código civil prevé el caso de que

en la partición de bienes de una herencia se omitieran, - sin distinguir de causas, objetos o valores que a la misma pertenezcan...; y el propio artículo establece como - medio legal de subsanar este defecto, que la partición se complete o adicione con los objetos o valores omitidos" (248). También en el sector doctrinal, Guilarte encuentra en el artículo 1.079 "una facultad concedida al heredero para conseguir que, acreditada la omisión de algunos bienes o valores de la testamentaria y consiguientemente demostrado que no se ha concluído definitivamente la partición, se continúe ésta con los bienes exceptuados cualquiera que haya sido la razón de la omisión". (249).

Segunda: irrelevancia de la más o menos valía de los bienes omitidos. Se encuentra en esta consecuencia la sentencia nº 112 de 2-VII-1908, la cual comenta, que el artículo 1.079, del Código civil, no enfatiza que la omisión tenga que ser de ciertos objetos o de determinados valores, por ello no atiende, al contenido material de la omisión - (250). La sentencia nº 48 de 17-IV-1943, reitera lo expresado de diversa manera: "sea cual fuere la entidad del - agravio, se respete lo hecho, y en vez de rescindir la partición, se haga otra adicional o complementaria con los bienes omitidos" (251). Es la misma postura que toma Guilarte: "debe concluirse, sin lugar a dudas, que cualquiera que sea el valor del bien emitido, tal omisión origina la aplica--ción del remedio adicional". Luego añade: "de cara al posible funcionamiento del artículo 1.079 del Código civil, la

discusión en cuanto a valoración no tendrá influencia y sí la presentará, en cambio, en relación con el artículo 1.074, a efectos de la posible rescisión, si de tal inexacta evaluación se sigue perjuicio en más de la cuarta parte para alguno de los herederos" (252).

Tercera: exclusión de la invalidez de la partición pese a haberse omitido bienes importantes, en la partición de herencia y admisión de la partición adicional como remedio. Las tres consecuencias expresadas, no son inconvencionales, porque existen otras tesis diferentes dentro de la misma jurisprudencia, acreditadas por un sector importante de la doctrina, como se verá luego al poner de relieve el aspecto objetivo del artículo 1.079 del Código civil. Podemos observar como hay criterios dispares dentro de la misma jurisprudencia, que no sigue pautas generales definidas; todo esto es producto de las soluciones asaz casuísticas, que se adoptan en orden al ámbito de aplicación del artículo 1.079, que se justifican porque atienden a fines superiores, es decir, para resolver con justicia, aunque no con rigor jurídico cada caso concreto (253). Esto constituye un obstáculo a los intentos de sistematización, pero no implica que el obstáculo sea insalvable para entrever una regla general más o menos concluyente, respecto a la aplicación de dicho artículo y que trataremos de poner de relieve al final del estudio del aspecto objetivo del artículo 1.079 del Código civil.

3. El aspecto objetivo

El aspecto objetivo de la partición de herencia, - funciona independientemente del contador-partidor, pero - que es conveniente tratarlo ahora, porque nos ayudará más adelante, a analizar otros supuestos de invalidez de la - partición que él realiza. El aspecto ob etivo se refiere, por una parte, a la omisión en la partición de herencia, - de una cantidad de bienes hereditarios, medible mediante - números: uno, dos, tres, etc. bienes hereditarios, se omi - tieron en la partición de la herencia; por otro lado, la omisión de bienes en la partición, debe medirse también - en valor. Lo anterior conduce, en orden a lo omitido, a la formulación de varias combinaciones:

Primera: lo omitido puede ser poco numéricamente, - pero de mucho valor, lo cual se traduce, en un perjuicio grave a los herederos.

Segunda: lo omitido puede ser termino medio numéri- camente, pero también de valor medio, por lo que el perjui - cio que esa omisión puede inferir a los herederos, también es medio.

Tercera: lo omitido puede ser una gran cantidad, en número, de bienes hereditarios, pero de escaso o ningún va - lor, por lo que dicha omisión, o no causa ningún perjuicio a los herederos, o si lo causa, es muy leve. De acuerdo con dichas combinaciones, la omisión en más, en término medio o en menos cantidad; en mucho, en medio o en poco valor, así

debe ser la solución.

El artículo 1.079 del Código civil no da ninguna solución o remedio, en orden al valor de los bienes omi tidos - salvo que se le quiera atribuir algún sentido de valor a la palabra "valores" que el mismo contiene-, sino que se refiere fundamentalmente a la cantidad de - lo omitido, es decir, que el remedio de una partición - adicional o supletoria, se da únicamente, cuando en una partición principal hay omisión "de alguno a algunos ob jetos o valores de la herencia", con lo cual, parece po ner de relieve, que la cantidad no debe ser mucha, sino poca, independientemente del valor que tengan las cosas hereditarias omitidas.

De conformidad con lo expresado, la partición - adicional de bienes hereditarios omitidos en una parti- ción principal, procede únicamente cuando aquellos sean numéricamente pocos. Esta es la solución que literalmen- te se desentraña del artículo 1.079 del Código civil, - cuando en una partición de bienes hereditarios, se omi- tan algunos pocos de ellos. Pero, como en una partición hereditaria la cantidad no debe funcionar independien- temente del valor que tienen las cosas hereditarias, sino que al lado del número de bienes hereditarios debe cons- tar su valor, para ello es precisamente el avalúo, aten- diendo a que la aspiración de las particiones heredita- rias, es obtener la igualdad en valor y hasta puede de- cirse, que si la rescisión de la partición procede por

causa de lesión en más de la cuarta parte, partiendo del valor de las cosas adjudicadas y no de la cantidad de éstas, igualmente, la cantidad de lo omitido no es tan importante como lo es, su valor. Otros argumentos lógicos existen en pro del valor de lo omitido y no de la cantidad que se dejó de partir, como aquél de que la omisión de pocos bienes hereditarios, pero de un alto valor, acarrea un mayor perjuicio a los herederos, etc. De lo expuesto se desprende que el funcionamiento del artículo 1.079 del Código civil, debe enfocarse desde el punto de vista del valor de lo omitido, lo cual plantea dos reglas:

Primera: la omisión en la partición de la herencia de cosas hereditarias de un valor medio o de poco valor, genera una partición adicional o supletoria, en orden a - que el perjuicio es medio o leve, que no amerita una invalidez de la partición. Esta regla se extrae de la sentencia nº 12 de 9-IV-1904, la cual, aplicando por analogía el principio de la rescisión por lesión, de que el valor de los bienes hereditarios omitidos, no superan la parte cuarta del caudal relicto, permite el remedio de una partición adicional en una forma implícita. Dice la mencionada sentencia: "la Sala... no ha infringido y sí interpretado rectamente los artículos 1.073, 1.074 y 1.079..., porque sin confundir la nulidad solicitada con la rescisión y sin desconocer que las particiones son rescindibles por las mismas causas que las obligaciones, acuerda que, en conformidad al último citado artículo, la partición sea adiciona-das con los bienes que enumera no incluidos en el inventa

rio, por estimar que el valor de los mismos no asciende siquiera a la cuarta parte del caudal relicto, apreciación que no ha sido legalmente impugnada". (254) En lo copiado se hace mención de dos cosas: el valor de lo omitido y la medida de ese valor. De acuerdo con ello, del valor y su medida, se pretende crear una medición del valor de la omisión de bienes hereditarios, que permita o no la partición adicional. Implícitamente la anterior sentencia resuelve, que el poco valor de lo omitido no amerita la invalidez de la partición, sino únicamente la adición, con lo que pone de relieve, que la adición de una partición de herencia tiene como requisito, una pequeña omisión de bienes hereditarios de un valor poco importante. Igualmente, la sentencia nº 76 de 2-XII-1930 diferencia la omisión de "determinados valores" en la partición de herencia, cuyo remedio es una partición adicional, de la exclusión de una "gran porción" de bienes hereditarios. Dice la sentencia: "ni se ha infringido el artículo 1.079 del Código Civil, ya que no se trata... de la omisión de determinados valores en la herencia, dando ello lugar a que se completen y no a que se rescinda la partición, sino de una pretendida exclusión de bienes que significaban una gran porción de los que constituían el haber hereditario" (255). De lo anterior se deduce que el artículo 1.079 del Código civil rige cuando en una partición de herencia, se omite una modesta suma -en valor - de bienes hereditarios, pero no cuando se excluyen de la misma una "gran porción" de ellos.

Aquí debe insertarse la partición que Albaladejo llama "adicional sin otra alternativa" que es la que prevee el artículo 1.079 del Código civil. La partición de bienes hereditarios con omisión de algunos de poca importancia, en relación con los demás bienes de la herencia, es válida y aunque su invalidez se pretenda, lo que proceda es una partición "adicional sin otra alternativa".
(256)

Segunda: esta segunda regla funciona contrariamente a la expresada, es decir, que si la omisión en la partición de herencia de cosas hereditarias es de mucho valor, produce la invalidez de la partición, en orden a que el perjuicio, que dicha omisión causa a los herederos, es grave y ello amerita la invalidez de la partición, porque el remedio de la partición adicional es inadecuado para sanar el grave perjuicio que infringe a los herederos, el valor de lo omitido, que requiere la invalidez de la partición para practicar una nueva. Esta segunda regla encuentra más o menos apoyo, en la sentencia nº 6, de 5-XI-1955, que decretó la invalidez de una partición, atendiendo a que la misma se realizó con un capital hereditario excesivamente alterado (257) y en la sentencia nº 3 de 7-I-1975, que hace referencia a la omisión en la partición de herencia, de "bienes importantes" (258).

Lo expuesto significa que la más o menos importancia de lo omitido, puede posibilitar en algunos casos, la invalidez de la partición y en otros, la partición adicio

nal, respectivamente. En ese sentido se expresa Hernández Gil: "La partición adicional procede cuando se omite algún bien de la partición, luego si la omisión cuantitativamente es mayor, lo correcto es pensar en otra partición" (259), es decir, que si la partición adicional pretende dividir mayor cantidad de bienes hereditarios, que los que correspondió dividir a la partición principal, lo más conveniente es anular la partición practicada y realizar otra, para que en ella se comprenda la totalidad de los bienes hereditarios: "la omisión de bienes generadora de la anulabilidad no debe asentarse sobre módulos fijos, pero deberá rebasar en toda partición el concepto flexible de alguno o algunos; en un orden cuantitativo, los índices serán variables; relativos e importantes en relación con el conjunto de los bienes partibles" (260).

También Albaladejo propone la anulabilidad de la partición que omite bienes hereditarios importantes, en relación con los demás bienes partibles. Para dicho autor ésta partición inicial, que pretendió partir la totalidad de los bienes hereditarios sin conseguirlo, solamente será válida, si los interesados la aceptan, decidiendo una segunda partición "adicional voluntaria". No obstante, -- cualquier interesado está legitimado para solicitar su anulabilidad, apoyado en la importancia de los bienes omitidos. (261).

De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, el remedio

de la omisión de bienes hereditarios en la partición, - parece agotarse en la perspectiva del valor, más o menos importante, de los bienes hereditarios omitidos, para que en un caso se decreta la invalidez de la partición y en otro, la partición adicional. Sin embargo, la Sentencia nº 73 de 10-X-1958 posibilita la invalidez de la partición de herencia o una partición adicional, considerando los bienes de la herencia en sí mismos, sin necesidad de atribuirles un valor para saber más o menos su importancia, o un numeral, para saber la más o menos cantidad de lo omitido. Esta solución es más objetiva de lo que se puede pensar, en el sentido estricto del adjetivo, es decir, independientemente del valor y de la cantidad que subjetivamente se les puede atribuir a los bienes hereditarios omitidos. Dice la sentencia referida, que la partición puede ser objeto de impugnación "entre otros casos por vía de complemento o de adición cuando se advierta - que alguno o algunos de los bienes que pertenecieron al causante... han sido omitidos al hacer la partición, como se recoge en el artículo 1.079 del Código civil, pero sin que proceda su rescisión cuando con los bienes, valores o efectos en que consiste la omisión sea posible que se complete o se adicione, sin originar perjuicio para los que en ella figuran como interesados" (262). En otras palabras, la sentencia trata de acoger la adición de la partición siempre y cuando los bienes hereditarios omitidos la posibiliten. Si ésta posibilidad no existe porque no la brinda los bienes hereditarios omitidos, sería inevitable la invalidez de la partición. El remedio, la invalidez

o la partición adicional, se cuenta preordenado por la posibilidad de que los bienes omitidos soporten o no -- una partición adicional.

De acuerdo con todo lo expuesto, podemos concluir, - en particular, con la siguiente regla general: que en - los casos más frecuentes, como podrían ser, el dolo, la mala fe o el error del contador-partidor en función de la omisión de bienes de la herencia en la partición de la misma, son vicios irrelevantes que no inciden en la invalidez de la partición o en la partición adicional, cuando en su caso, una de ellas proceda. Que la invalidez de la partición, o la partición adicional, están predeterminadas por los bienes omitidos considerados en sí mismos, independientemente de la cantidad y del valor, que se -- les pueda atribuir a los mismos. Esto significa, que la invalidez de la partición de la herencia o la partición adicional, no depende ni de la cantidad de los bienes - omitidos, ni del valor que se le pueda atribuir o que - efectivamente tengan, sino de que los bienes hereditarios omitidos ofrezcan la posibilidad de una partición adicional. Si ésta posibilidad no existe, la invalidez de la - partición de la herencia es inevitable, porque la partición que ha de hacerse de nuevo en su totalidad, exige un retorno de todos los bienes hereditarios al estado de comunidad, para que los interesados perciban lo que a cada uno corresponde, lo que se consigue a través de una partición adicional, porque los bienes omitidos en sí considerados, no

lo permiten. En el fondo de dicha regla general, late la posible igualdad que es o no posible conseguir, con los bienes omitidos en la partición de la herencia y que amerita en unos casos la invalidez de la partición y en otros su adición. Desde ésta perspectiva la adición de la partición, como la invalidez de la misma, se encuentran sumamente ligadas al objeto omitido, no a su cantidad o a su valor.

36. Invalidez de la partición de la herencia por la inclusión en la misma de bienes ajenos

Por las funciones que competen al contador-partidor, -cuales son contar y partir únicamente los bienes de la herencia, aquél no está obligado a garantizar que los bienes que distribuye son o no propiedad del difunto. En éste sentido, no es el contador-partidor, sino el testador, el que a veces instituye herederos en bienes ajenos. Es evidente que si el testador lleva a la práctica tales cláusulas testamentarias, la nulidad que afecta a éstas, repercute indefectiblemente en la partición de la herencia que realiza el contador-partidor. Como ejemplos tenemos las sentencias nº 480 de 30-X-1970 (263) y nº 235 de 17-V-1974 (264), que decretan la nulidad de algunas cláusulas testamentarias que se referían a una institución de herederos en bienes ajenos, ordenando a su vez, la formación de un nuevo inventario con la inclusión de los verdaderos bienes del difunto en la partición hereditaria. En los dos casos

resueltos por ambas sentencias, la nulidad no se encuentra en la partición de la herencia, sino en el testamento, pero es infrecuente que ocurra lo contrario, es decir, que sea el contador-partidor el que incluya bienes ajenos en la partición hereditaria, resultando los herederos instituidos adjudicatarios de ellos, sobre todo - porque no es el dueño de los bienes que divide y en ese sentido, los interesados, por regla general, ejercen una estrecha vigilancia sobre los bienes que en realidad les pertenece, pese a la más o menos autonomía de las funciones que al contador-partidor competen. Por lo anterior puede decirse, que la inclusión de bienes ajenos en la partición hereditaria que realiza el contador-partidor, está preordenada por el consentimiento de los herederos. Quizás por lo expresado, podría decirse que los vicios más frecuentes, como el dolo o la mala fe y el error del contador-partidor en la inclusión de bienes ajenos en el proceso particionario, se desenvuelven como actos subjetivos irrelevantes que no inciden en el tipo o clase de solución que debe o no adoptarse, con vista de aquella inclusión de bienes no hereditarios en la partición hereditaria, en este sentido, la objetivación de la inclusión de bienes ajenos, como mero dato, funciona de manera similar a la omisión de bienes hereditarios en la distribución hereditaria. Es decir, que independientemente del sujeto que realiza la partición de los bienes relictos, la solución a adoptar exige una objetivación de la inclusión de bienes ajenos, para decretar en su caso, una rectificación de la partición, una

indemnización, o bien, la nulidad de la partición practicada. Ahora bien, qué tipo o clase de remedio merece la inclusión de bienes ajenos en la partición hereditaria? De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, en la omisión de bienes hereditarios en la partición de la herencia se puede establecer con más o menos acierto, algunos remedios, que ofrecen los objetos hereditarios omitidos en la partición del caudal relicto. Podrá hacerse lo mismo con la inclusión de bienes ajenos en el proceso divisionario?

En este orden de ideas, la jurisprudencia cuenta con menos directrices que orienten sus decisiones, que con las que cuenta en la omisión de bienes hereditarios para decretar la partición adicional o en su caso la invalidez de la misma; por una parte, porque excepcionalmente se producen inclusiones de bienes ajenos en la partición hereditaria, lo que repercute en la poca producción de casos de invalidez que enriquezcan nuevas orientaciones jurisprudenciales; por otra parte, la doctrina no ha reducido a un sistema de reglas generales o particulares, los remedios o soluciones a la inclusión de bienes ajenos en la división de la herencia y esto, porque la índole misma del tema no lo ofrece, como lo ofrece por ejemplo, la omisión de bienes hereditarios, es decir, que aquella inclusión de bienes ajenos, no ofrece una reiteración de situaciones jurídicas, que permitan una sistematización de reglas orientadoras en la solución del problema.

Por todo lo anterior, la solución se debate entre la evicción y el saneamiento (255), la rectificación de la par

tición hereditaria (266) y la nulidad de la misma (267).

Este casuismo tiene una ventaja, que pusimos de relieve al tratar la omisión de bienes hereditarios en la división hereditaria: permite resolver con justicia cada caso concreto, pero también una desventaja: impide lograr un sistema de normas generales o particulares, para resolver los distintos casos de inclusión de bienes ajenos en el proceso particionario. En el fondo de esa ventaja y desventaja vive un principio general: conservar la partición hereditaria.

La necesidad, no obstante lo expresado, de buscar reglas válidas para resolver cuando proceden los distintos remedios o clases de invalidez, atinentes a la inclusión de bienes ajenos en la partición hereditaria, nos lleva a expresar dos supuestos relativos al ámbito externo e interno de las relaciones jurídicas en que se puede desenvolver la inclusión de bienes ajenos en la partición hereditaria.

1. El ámbito interno de la herencia

No es infrecuente que los bienes del testador se encuentren relativamente confundidos con los bienes del cónyuge sobreviviente o con los de un socio del difunto. El contador-partidor al realizar la liquidación respectiva puede incluir bienes ajenos en el inventario como si fueran del caudal relicto, cuando en realidad pertenecen al co-socio y no al testador.

Atendiendo a éste ámbito interno de desarrollo de la

inclusión de bienes ajenos en la partición hereditaria, podría adoptarse como regla general la rectificación de la misma o, por el contrario, el remedio más grave de la nulidad de la partición hereditaria? La sentencia nº 302 de 30-IV-1958 recoge un caso en el que se adjudicó al cónyuge superviviente una casa propiedad del testador, porque el contador-partidor la consideró, al liquidar la sociedad de gananciales, como aportación al matrimonio. Dice la mencionada sentencia: "ha sido desconocida por el albacea-testamentario contador-partidor y el cónyuge viudo los preceptos que se invocan por los recurrentes en el tercer motivo (que pedía nulidad de la partición), sin que tanto la admisión de éste como del anterior originen y produzcan la nulidad del cuaderno particional, por cuanto... se ha de procurar evitar la nulidad de las particiones practicadas". Luego dice la misma sentencia: procede "enmendar los defectos que se observen y rectificar lo que deba de hacerse" (268).

La tentativa nuestra de erigir como regla general la rectificación de la partición por la inclusión indebida de bienes ajenos, se debe a que esta inclusión tiene lugar en función de la confusión de bienes hereditarios con otros que no lo son en el ámbito interno de la herencia y que la liquidación purifica con cierto grado de certeza, el verdadero caudal partible, por lo que la rectificación puede producirse, sin grandes desequilibrios en las cuotas de los herederos y por ende, en la totalidad del cuaderno particional.

No obstante, lo expresado no constituye regla se gura, porque la sentencia nº 235 de 17-V-1974, no se de cidió en un caso similar por la rectificación, sino por la nulidad (269). En este punto podemos concluir, que en el ámbito interno de las relaciones jurídicas en que se de sarrolla la partición hereditaria, no existe un sólido punto de apoyo que posibilite el nacimiento de una regla válida para resolver la inclusión de bienes ajenos en el proceso particionario.

2. El ámbito externo de la herencia

Es menos frecuente que los bienes de un tercero ex traño a la herencia, sin ser interesado en la misma, ni estar sus bienes relativamente confundidos en el caudal relicto, sean traídos por el contador-partidor al inventa rio, para someterlos al proceso partitivo, pero sí dichos bienes son inventariados y adjudicados y luego reivi ndicados por el verdadero dueño, aplicando el artículo 1.069 del Código civil, el asunto se resuelve mediante una indemnización. Esta solución podemos complicarla a través de dos supuestos.

Primer supuesto

El contador-partidor no puede ejercer sus funciones sino sobre los bienes hereditarios, cualquier otra in clusion de bienes no hereditarios, requiere el consentimi ento de los interesados, no sólo por ser los verdaderos dueños del caudal relicto, sino para posibilitar dos coo

sas: la adjudicación proporcional para que la reivindicación si se produce afecte a todos por igual, o bien, la escogencia de un adjudicatario del bien ajeno, para posibilitar un acuerdo de indemnización en caso de que la evicción proceda.

Si la adjudicación resulta proporcional, pese a la decisión unilateral del contador-partidor en la inclusión de un bien no hereditario, por el riesgo por un lado y por el perjuicio proporcional por otro, creados por aquella inclusión, parece que los efectos de la partición hereditaria no varían, pese a la extralimitación de facultades del contador-partidor en la inclusión de bienes ajenos en el proceso particionario sin el consentimiento de los partícipes en él. Los herederos pueden aceptar esa extralimitación del contador-partidor porque pueden resultar beneficiados, pero también pueden impugnar la partición de la herencia por extralimitación de facultades del contador-partidor, que provoca un estado de incertidumbre en cuanto al goce pacífico de las cosas adjudicadas.

Si la adjudicación del bien ajeno la realiza el contador-partidor en forma desproporcional, existen un riesgo y la posibilidad de un perjuicio desproporcional si el heredero adjudicatario de aquél es despojado del mismo, unido a la falta de consentimiento de los herederos, que no pudieron prever el riesgo ni el perjuicio real y efectivo, por decisión unilateral del contador-partidor en la inclusión del bien no perteneciente al caudal relicto y su posterior

adjudicación.

Ese riesgo desproporcional, que impide el goce tranquilo de la cosa adjudicada, permite al heredero adjudicatario solicitar la anulabilidad de la partición hereditaria por la extralimitación de las facultades del contador-partidor. Ahora, si el riesgo deja de existir, porque efectivamente se produjo un perjuicio real y efectivo por haber prosperado una acción reivindicatoria por parte del tercero dueño verdadero del bien adjudicado, el heredero adjudicatario merece ser indemnizado conforme al artículo 1.069 del Código civil, o bien, puede ejercer la acción de nulidad fundado en que nunca fue dueño de lo que efectivamente le correspondía en el caudal relicto?

Piénsese que si la totalidad de los bienes adjudicados le son reivindicados a ése heredero, su situación jurídica no difiere en grado del heredero preterido, con lo que parece procedente no la nulidad de la partición hereditaria sino la indemnización que le corresponde para llenar su cuota que como heredero efectivamente le corresponde, porque por la unilateralidad de la partición hereditaria que hace el contador-partidor, no le es atribuible a ningún interesado, el dolo o la mala fe que propugna el artículo 1.080 del Código Civil. No obstante, ésta solución no es tan segura si pensamos en que la igualdad de las cuotas queda seriamente quebrantada, porque no se logre llegar a ella mediante una indemnización, sino mediante la percepción de cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, lo que exige en con

secuencia, no una indemnización que no logre la igualdad de las cuotas, sino la nulidad de la partición para volver al estado de comunidad hereditaria y que todos perciban lo que les corresponden en condiciones de igualdad. La sutileza de los razonamientos en pro y en contra de una solución u otra, impide la formulación de una regla válida que facilite un punto de apoyo para decidir con certeza la solución más apropiada.

Segundo supuesto

La culpa de un coheredero puede predeterminar al contador-partidor para que incluya un bien ajeno en la partición de la herencia.

Pese a la voluntad preordenadora del heredero, el contador-partidor evidentemente que se extralimita en sus facultades partitivas, porque no puede partir sino los bienes hereditarios y por ello, esa inclusión, al igual que en el supuesto anterior, merece la misma solución, es decir, que la existencia del riesgo creado por la adjudicación de ese bien ajeno, provoca la anulabilidad de la partición, salvo que los herederos acepten ese riesgo porque el bien sea valioso y esté por cumplirse la adquisición del mismo por prescripción. Si la reivindicación se produce y el bien ajeno había sido adjudicado proporcionalmente, aquella no provoca mayores problemas, como lo provoca la adjudicación desproporcional sin previo acuerdo sobre la posible indemnización, a causa de la voluntad unilateral del contador-partidor. A ésta altura del razonamiento de-

be aplicarse la expresado par ael supuesto anterior, en orden a la posible indemnización o a la nulidad de la - partición, porque por ahora, lo que nos interesa poner de relieve, es que si el contador-partidor incluyó un - bien ajeno en la partición de la herencia, a causa de la voluntad torcida de un coheredero, que luego resulta ser el adjudicatario en solitario de ese bien a eno, es posible la indemnización que menciona el artículo 1.069 del Código civil?

La doctrina le adjudica al artículo 1.070, 3º del Código civil, una culpa posterior a la partición hereditaria e imputable al heredero adjudicatario, para que ce se la evicción y el saneamiento, por ejemplo, si ése coheredero no opone oportunamente una prescripción, etc.

Admitiendo como suposición el caso expresado, atribuyendole además al heredero que luego resultó adjudicatario, un vicio más grave como el dolo o la mala fé, podría esta suposición dar lugar a la aplicación del artículo - 1.069 del Código civil, si se produce la acción reivindicatoria y ese heredero resulta ser el perjudicado, por haber devenido a causa de la partición, heredero adjudicatario del bien incluido indebidamente en el proceso particional? La voluntad de un solo coheredero es irrelevante en la partición de la herencia que realiza el contador-partidor debido a la autonomía, aunque sea relativa, de sus funciones testamentarias. Desde esta perspectiva, procede la aplica

cación del artículo 1.069 del Código civil, pese a la - voluntad preordenadora del coheredero de la voluntad del contador-partidor. La voluntad de un heredero únicamente es relevante en la partición de la herencia que realiza el contador-partidor, cuando proviene de todos los interesados y no de uno o de unos pocos de ellos; en éste sentido, la voluntad sólo de aquel coheredero resulta - irrelevante y consecuentemente, hay que darle acceso a - aquél coheredero a la indemnización respectiva, o en su caso a provocar la nulidad de la partición.

Todo lo expresado obedece a la búsqueda de reglas válidas para solucionar los problemas ocasionados por la inclusión de bienes ajenos en la partición hereditaria, pero ninguna regla es segura, porque en algunos casos procede la rectificación de la partición hereditaria, en -- otros, la evicción y el saneamiento y por último, también es posible la nulidad de la partición de la herencia. Es por ello necesario buscar otras reglas con mayores garantías de estabilidad para resolver el mismo problema. Parece que la solución puede encontrarse en la igualdad que debe inspirar toda partición hereditaria, con ellos llegamos a la aplicación de los artículos 1.061 y 1.062 del Código civil.

3. La igualdad en la partición de la herencia como medio de resolver la inclusión de bienes ajenos en la misma

La inclusión de bienes ajenos en la partición de la

herencia provoca en la misma un vacío, por decirlo así, cuando se extraen de ella, precisamente por ser ajenos, de nuevo esos bienes indebidamente incluidos. La reivindicación de dichos bienes no tiene trascendencia cuando la totalidad de los bienes presuntamente de la herencia se encuentran en estado de comunidad hereditaria.

El problema surge cuando el bien aparentemente propiedad de la herencia, es adjudicado, sin haberse previsto la indemnizaciones respectivas de evicción y saneamiento en la eventualidad de la acogida en sentencia de una reivindicación del bien adjudicado, como si fuera de la herencia, siendo en realidad ajeno.

Fundados en la igualdad que debe inspirar toda partición hereditaria, pueden darse tres reglas, según proceda, atinentes a la rectificación, la evicción y el saneamiento y la nulidad de la partición hereditaria, cuando indebidamente se incluyen bienes ajenos para ser distribuidos entre los herederos.

a. La rectificación

La rectificación de la partición de la herencia es la solución más adecuada, porque la igualdad proporcional en especie o en valor seguida por el contador-partidor en la adjudicación de los bienes hereditarios, no sufre, en principio, un grave quebrantamiento. La rectificación procede cuando la exclusión de la partición de los bienes ajenos, no modifica, sino levemente, la igualdad en

especie y en valor de las cuotas hereditarias. Si esa igualdad es apenas alterada de manera muy leve, es porque la índole de los bienes excluidos por ser ajenos no provocan desequilibrios en la igualdad que cada heredero debe percibir en especie o en valor, con lo que una simple rectificación restituye al coheredero o coherederos perjudicados, en su derecho a percibir proporcionalmente los bienes hereditarios que por disposición del testador o de la ley, le corresponden.

b. La evicción y el saneamiento

La indemnización es posible que resuelva el vacío parcial de una cuota hereditaria, provocado por una acción reivindicatoria respecto a un bien incluido en la cuota hereditaria de un coheredero, por cuya razón el desequilibrio introducido por la reivindicación en la igualdad de las cuotas hereditarias, es medio, es decir, es susceptible de ser reparado mediante la aplicación del artículo 1.069 del Código civil y a través de una indemnización en dinero, que restablezca la igualdad aproximada de la división hereditaria.

c. La nulidad

El remedio más grave - la nulidad de la partición de la herencia - debe adoptarse, cuando la igualdad de las cuotas que debe prevalecer en toda partición hereditaria, es seriamente quebrantada por el vacío total, que produce en la cuota de un heredero, la reivindicación de un bien -

indebidamente inventariado en la partición hereditaria - que luego resultó adjudicado a uno de los coherederos.

La falta de contenido hereditario de la cuota que al heredero eviccionado le corresponde, provoca una grave desequilibrio en la igualdad proporcional e especie o en valor que debe animar a toda partición hereditaria; por ello debe acogerse la nulidad de la partición, para restablecer esa igualdad, no susceptible de alcanzarse a través de una indemnización o rectificación de la - partición hereditaria.

Respecto a las anteriores reglas no constituyen - algo definitivo, pero pueden aceptarse como un atisbo de sistematización a manera de ensayo.

En esas tres reglas puede notarse que la objetividad del vacío en la cuota de un coheredero, provocado por la reivindicación de un bien que no pertenecía a la herencia, pero que fué adjudicado, juega un papel tan importante como el dato objetivo de la omisión de bienes hereditarios en la partición hereditaria. La solución en ambos casos, no están tan alejada una de la otra, más que - en sentido inverso, es decir, que en un caso se trata de la exclusión de bienes hereditarios en la partición de la herencia y en el otro caso, se trata de la inclusión de - bienes ajenos en la partición hereditaria.

37. Invalidez de la partición de herencia por preterición de un heredero. Dos supuestos.

La partición de la herencia hecha por el contador-partidor con preterición de un coheredero, plantea algunos problemas en la aplicabilidad del artículo 1.080 del Código civil, porque el mismo parece estar hecho a la medida de la partición de herencia que hacen los herederos conforme a sus intereses.

No obstante lo anterior, existe la posibilidad de que el contador-partidor al realizar una partición hereditaria excluya a un coheredero de la misma. Por ello, vamos a presentar dos supuestos que, en torno a esa preterición, pueden presentar en la partición de herencia que hace al contador-partidor.

1. La preterición en función del incumplimiento de la voluntad del testador.

El contador-partidor puede excluir a un coheredero de la partición hereditaria, porque considera que no lo es, o bien, aún aceptándolo como tal, realiza una distribución de la herencia de tal manera, que imposibilita que un coheredero perciba lo que legítimamente le corresponde, con lo cual queda preterido de la partición.

En ambos casos, el heredero es y el contador-partidor al excluirlo de su participación en el caudal hereditario, se sustituye en la voluntad del testador, verdadera ley de la ejecución testamentaria que realiza, lo que pro-

voca una infracción de los artículos 670 y 1.057 del Código civil; del primero, porque se atribuye la testaméntifacción activa que solamente al difunto corresponde y del segundo, porque su competencia se agota en contar y partir los bienes de la herencia, sin posibilidad de ejercer otras facultades, como lo es decidir que un heredero no perciba lo que como tal tiene derecho a percibir del caudal relicto. De ésta perspectiva es procedente la anulabilidad de la partición de la herencia realizada por el contador-partidor, en función del incumplimiento de la voluntad del difunto, porque como ejecutor testamentario, no puede con su sola voluntad hacer nula la institución de heredero (270).

2. La preterición en función del dolo o la mala fe.

No obstante lo expresado en el punto exterior, es conveniente enfocar la partición de herencia que hace el contador-partidor, del punto de vista del artículo 1.080 del Código civil, es decir, a partir del dolo o la mala fe que puede abrigar el contador-partidor en la preterición de un coheredero en la partición hereditaria que realiza y así, acercarnos al ámbito de aplicación del artículo 1.080 del Código civil. De acuerdo con éste artículo, la invalidez de la partición de la herencia que excluye a un coheredero de su participación que en la misma le corresponde, exige la prueba de "Que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados": "la rescisión de las particiones que autoriza el artículo 1.080 del Código civil tiene

que ser obieto de un juicio declarativo, en el que se -
pruebe que la preterición en ellas de uno de los here-
deros obedece a dolo o mala fé de los interesados". Así
se expresa la sentencia nº 5 de 5-X-1898 (271), lo que
también reitera la nº 81 de 16-IV-1932 (272). Si no se
logra demostrar en juicio la existencia del dolo o de la
mala fe que predeterminó la preterición, la partición de
de la herencia resulta válida, pero los demás copartici-
pes en el caudal relicto "tendrán la obligación de pagar
al preterido la parte que proporcionalmente le correspon-
da".

En circunstancias normales, el contador-partidor
está obligado a partir los bienes hereditarios entre la
totalidad de los herederos instituidos por el testador o
por la voluntad de la ley, sin exclusión de ninguno en -
particular, salvo por causas justificadas, por cuya -
virtud, no esté clara la cualidad de heredero de un pre-
sunto partícipe, por estar pendiente de resolución judi-
cial esa cualidad, o bien, porque esté pendiente de cum-
plirse una condición impuesta por el testador para que -
nazca el derecho a participar en el caudal relicto y se
consolide la cualidad de heredero.

En ambos casos, el contador-partidor debe poner la
eventualidad de esas circunstancias, en conocimiento de
los herederos para posponer la práctica de la división de
los bienes hereditarios, o bien, realizar ésta, pero ha-
ciendo las necesarias reservas de bienes suficientes, para

que los presuntos herederos cuando en realidad lo sean, puedan percibir, en igualdad de condiciones, los bienes de la herencia.

En el sentido expresado y en condiciones normales el contador-partidor no puede impedir a quien tenga la cualidad de heredero, su derecho a participar de lo que legítimamente le corresponde por voluntad del testador o de la ley.

No obstante, si el contador-partidor excluye a un coheredero de la partición de la herencia, en función del dolo o de la mala fe, es procedente la invalidez de aquella? El dolo o la mala fe, no tienen relevancia jurídica para fundar en esos vicios, la nulidad de la partición hereditaria que hace el contador-partidor, porque por una parte, al contador-partidor no se le puede calificar de interesado en el caudal relicto, que es lo que exige el artículo 1.080 del Código civil, es decir, "que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados"; consecuentemente, el contador-partidor, no tiene una contraparte, que posibilite el nacimiento de dichos vicios, o para que dichos vicios surtan sus efectos típicos, propios de una partición contractual (273).

De acuerdo con lo expuesto, el dolo o mala fe que pueda guiar al contador-partidor para excluir a un coheredero para que no participe en los bienes hereditarios, no tienen relevancia jurídica y no sirven de apoyo para decretar la nulidad de la partición de la herencia; consecuentemente, el

proceso partitivo es válido, pero siempre queda en pie, el derecho del heredero preterido para reclamar lo que proporcionalmente le corresponde en los bienes hereditarios, en orden a que la preterición sufrida no lo puede transformar en un heredero de peor condición que los demás, para no percibir proporcionalmente los bienes de la herencia.

De acuerdo con lo expuesto y de conformidad con el artículo 1.080 del Código civil, nunca podrá decretarse la nulidad de la partición de la herencia hecha por el contador-partidor con base en el dolo o en la mala fe imputable al contador-partidor, porque dichos vicios son irrelevantes en razón de la autonomía de sus funciones y sin contraparte frente a la cual desarrollarse. Esto es cierto, pero la invalidez de la partición, sino es generada por la falta de relevancia jurídica del dolo o de la mala fe del contador-partidor, en orden a la preterición de un coheredero en la partición hereditaria que realiza, si puede originarse en la imposibilidad del coheredero preterido en percibir lo que proporcionalmente le corresponde en el caudal relicto, proporcionalidad que si no es llevada a la práctica, puede generar la invalidez de la partición de la herencia.

En éste sentido, cuando el resto de los coherederos se encuentren imposibilitados de entregar al heredero preterido lo que proporcionalmente le corresponde en los bienes que antes fueron de la herencia, pero que después de -

la partición les pertenecen en solitario por ser los adjudicatarios de los mismos, proceden los distintos remedios con el fin de lograr la igualdad de la partición hereditaria, como por ejemplo, la rectificación, la indemnización y la nulidad de la partición.

3. La igualdad de la partición de la herencia como medio de resolver la preterición de un coheredero en la misma.

Puede observarse que la solución que se plantea, - coincide con aquella adoptada para la inclusión de bienes ajenos en la partición hereditaria, porque, en realidad, la situación jurídica en que queda un coheredero que es - despojado de un bien adjudicado como de la herencia, porque en realidad era ajeno, no difiere en grado de la situación jurídica en que queda el heredero preterido, porque ninguno llega a percibir, lo que le corresponde en la herencia. De aquí es que surge la necesidad de remedios similares, es decir, fundados en la igualdad que debe inspirar toda partición de herencia y tomando en cuenta también que la preterición de un coheredero en la partición de herencia que hace el contador-partidor no puede general la - invalidez, sino a partir de la falta de proporcionalidad - en las cuotas, porque el dolo o la mala fe que se le puede imputar al contador-partidor para preterir a un coheredero, resulta irrelevante jurídicamente.

a. La rectificación

Mediante una simple rectificación de la partición

de la herencia, es posible lograr que el coheredero preterido perciba lo que le corresponde proporcionalmente, en especie o en valor, en los bienes hereditarios.

En la rectificación es significativa la índole de los bienes que componían el caudal relicto y que luego fueron adjudicados, porque pueden permitir una rectificación armónica en el cuaderno particional, sin desequilibrios importantes en lo que cada uno de los herederos tiene derecho a percibir, incluyendo, por supuesto, al coheredero preterido, lo cual pone de relieve, que los bienes hereditarios adjudicados, considerados en sí mismos, juegan un papel relevante, porque en definitiva, son los que hacen posible la rectificación de las cuotas hereditarias respectivas. Mediante la rectificación de las cuotas adjudicadas, el coheredero preterido puede percibir lo que proporcionalmente le corresponde en el caudal relicto sin necesidad de recurrir a indemnización alguna, porque a través de una rectificación, es posible restablecer la igualdad de todas las cuotas, en el cuaderno particional.

b. La indemnización

La indemnización es posible que resuelva también la preterición sufrida por un coheredero en la partición hereditaria, antes de recurrir al remedio más grave de la nulidad de la misma.

En éste caso, los bienes considerados en sí mismos, puede ser que no posibiliten la igualdad proporcional

en especie, por haber algunos coherederos dispuesto de ellos, lo que genera una desigualdad media de la cuota hereditaria del coheredero preterido, respecto de las cuotas de los demás partícipes no preteridos al no poder aquel percibir como éstos, la proporcionalidad que prescribe el art. 1.061 del Código civil; sin embargo, la igualdad proporcional en especie, es susceptible de conseguirse a través de una indemnización en dinero, que restablezca de manera aproximada la igualdad de la totalidad de las cuotas hereditarias. La solución es bastante sutil, permitida por una desigualdad media en especie, por haber dispuesto los herederos no preteridos, de esa clase de bienes, pero imposibilitada la igualdad proporcional, debe sustituirse por una igualdad en valor de las cuotas, a través de una indemnización en dinero.

c. La nulidad

La nulidad de la partición de la herencia debe adoptarse, cuando ni la rectificación e indemnización hagan posible que el coheredero preterido perciba lo que proporcionalmente le corresponde en el caudal relicto, porque la índole de los bienes hereditarios, considerados por sí mismos, exijan el retorno de todos los bienes hereditarios adjudicados, al estado de comunidad, para que el coheredero preterido se encuentre en la posibilidad de percibir, lo que proporcionalmente le corresponde en el caudal relicto, en paridad de condiciones, solamente posible, a través de una partición de la herencia. Para finalizar debemos de-

cir, que también en la preterición de herederos en la partición hereditaria, la objetividad de los bienes de la misma, es decir, considerados en sí mismos, es sumamente importante para establecer un cierto grado de certeza, cuando es posible rectificar la partición hereditaria, establecer una indemnización, o bien, decretar la nulidad de la partición de la herencia, con la finalidad exclusiva de que todos los herederos reciban lo que proporcionalmente les corresponde como si ninguno hubiera sido preterido. Desde luego, que las soluciones planteadas, no dejan de ser sutiles a causa de los razonamientos empleados sin ninguna conexión con la práctica jurídica, a causa de lo infrecuente que resulta que un coheredero un atisbo de sistematización que puede ser enriquecido o sustituido por los distintos casos prácticos que pueden presentarse en el tiempo.

38. Invalidez de la partición de herencia por inclusión de un heredero que no lo es

1. Anulabilidad de la partición por incumplimiento de la voluntad del testador

Como lo hemos puesto de relieve en puntos anteriores la ejecución testamentaria que realiza el contador-partidor debe circunscribirse a contar y a partir única y exclusivamente, los bienes hereditarios, dentro del círculo de herederos instituidos, sin posibilidad de decidir que extraños al caudal relicto, reciban bien hereditario alguno. En éste sentido, los artículos 670 y 1.057 del Código civil, constituyen diques de contención a la arbitrariedad del conta-

dor-partidor, para evitar que él mismo pueda repartir -- bienes hereditarios entre herederos que no lo son, bajo pena de anulabilidad de la partición de la herencia, por incumplimiento de la voluntad del testador.

2. La nulidad del artículo 1.081 del Código civil

Es infrecuente que en una partición hereditaria, se incluyan herederos que no lo son, con la posibilidad de que participen, en paridad de condiciones con los herederos verdaderos, de los bienes del caudal relicto sin ser dueños del mismo.

No obstante, si esa posibilidad se materializa y a un extraño se le adjudican bienes hereditarios como si fuera un heredero sin serlo, el artículo 1.081 del Código civil prescribe que esa adjudicación es nula, con lo que los bienes hereditarios adjudicados, lanzados, por -- decirlo así, indebidamente, fuera del caudal hereditario deben rescatarse a través de la nulidad de la adjudica-- ción para repartirlos entre los verdaderos dueños, como son los herederos reales.

La nulidad que sustenta dicha norma legal, significa que los bienes hereditarios mal adjudicados, nunca han salido del estado de comunidad hereditaria, porque -- nunca podrá ser dueño de los mismos, un adjudicatario que no es heredero. En consecuencia, esa nulidad es parcial, es decir, no afecta a las demás adjudicaciones realiza-- das a los verdaderos dueños de los bienes hereditarios,

como son los herederos reales, sino que afecta en particular, a la adjudicación hecha al heredero que no lo es, sino aparente.

Lo expuesto encuentra apoyo en lo que, sobre el tema, exponen: Puig Brutau, quien nos habla, de una "nulidad parcial de la partición realizada" (274); Lacruz-Sancho, que emplean las expresiones "nulidad relativa", para mantener en vigor las adjudicaciones hechas a los verdaderos herederos y la nulidad de "pleno derecho", para poner de relieve, la nulidad de la adjudicación hecha al heredero aparente (275)

Para Albaladejo, "La invalidez sería de la partición en sí, y no sólo frente al no heredero. De cualquier modo, la nulidad que establece el art. 1.081 parece poco congruente con el principio de conservación de la partición mientras que sea posible" (276).

De acuerdo con lo expresado por este autor, él mismo sostiene, en principio, la invalidez total de la partición de la herencia, pero se inclina, en virtud del principio de conservación de las particiones hereditarias, por la solución menos grave, cual es, la nulidad parcial de la adjudicación hecha en particular al heredero que no lo es, manteniendo como válidas, el resto de las adjudicaciones realizadas a los verdaderos coherederos.

Esta solución parece menos atroz, si se hace énfasis en la frase que el artículo 1.081 del Código civil conun

dicha nulidad solamente es posible en la realizada conjuntamente por todos los coherederos de conformidad con sus intereses. Por otra parte, es de sentido común, sin recurrir a la más o menos certera dicción o distribución de las palabras empleadas en un texto legal, decir lo siguiente: excluir la partición de herencia hecha por el contador-partidor del ámbito de aplicación del artículo 1.081 del Código civil no conduce a nada. Sin embargo, admitiendo lo expresado por Camy, qué solución resulta aplicable a la partición hereditaria hecha por el contador-partidor, en la que éste adjudica bienes a un heredero aparente? Habría que pensar en tres remedios:

a. La anulabilidad de la partición hereditaria por incumplimiento de la voluntad del testador, por infracción de los artículos 670 y 1.057 del código civil, que expusimos al principio.

b. Nulidad de la adjudicación de bienes hereditarios realizada al coheredero aparente, por disponer el contador-partidor de bienes ajenos, como son los hereditarios que no le pertenecen, sino a la totalidad de los coherederos verdaderos; este acto de disposición, como tal, requiere el consentimiento de los coherederos, pero como el contador-partidor, ni siquiera sospecha que el presunto heredero, apenas lo es aparente, no se le ocurrirá solicitar el consentimiento del resto de los coherederos reales, para realizar la adjudicación respectiva. Nótese como el razonamiento empleado para encontrar una solución, independiente del artículo

1.081 del Código civil, porque según Camy es sólo aplicable a las particiones contractuales, que posibilite la nulidad de la partición de herencia hecha por el contador-partidor, porque atribuye una cuota hereditaria a un heredero que no lo es, conduce hasta lo absurdo.

c. Tampoco sirve para fundar la nulidad de la partición hereditaria, la voluntariedad o involuntariedad del contador-partidor, en incluir a un heredero que no lo es, como participe del caudal relicto, porque en lo fundamental, la nulidad debe apoyarse, en la demostración de que al heredero aparente se le adjudicaron bienes hereditarios sin serlo en realidad, y no, en un estado subjetivo del contador-partidor.

Todo lo cual nos lleva a concluir, que la nulidad debe fundarse en ése dato objetivo, independientemente de quien o quiénes realizar la partición de la herencia: el contador-partidor o los herederos.

Hernández Gil, contrario a lo que piensa Camy, apunta lo siguiente: "El Código civil sólo contiene una regla relacionada con la nulidad de las particiones (art. 1.081) presumiblemente es común a las bilaterales y a la unilaterales" (278).

De acuerdo con todo lo expuesto, parece conveniente concluir que el ámbito de aplicación del artículo 1.081 del Código civil, comprende a la partición de herencia que hace el contador-partidor y aunque su redacción puede animar a -

1.081 del Código civil, porque según Camy es sólo aplicable a las particiones contractuales, que posibilite la nulidad de la partición de herencia hecha por el contador-partidor, porque atribuye una cuota hereditaria a un heredero que no lo es; conduce hasta lo absurdo.

c. Tampoco sirve para fundar la nulidad de la partición hereditaria, la voluntariedad o involuntariedad del contador-partidor, en incluir a un heredero que no lo es, como participe del caudal relicto, porque en lo fundamental, la nulidad debe apoyarse, en la demostración de que al heredero aparente se le adjudicaron bienes hereditarios sin serlo en realidad, y no, en un estado subjetivo del contador-partidor.

Todo lo cual nos lleva a concluir, que la nulidad debe fundarse en ése dato objetivo, independientemente de quien o quiénes realizar la partición de la herencia: el contador-partidor o los herederos.

Hernández Gil, contrario a lo que piensa Camy, apunta lo siguiente: "El Código civil sólo contiene una regla relacionada con la nulidad de las particiones (art. 1.081) presumiblemente es común a las bilaterales y a la unilaterales" (278).

De acuerdo con todo lo expuesto, parece conveniente concluir que el ámbito de aplicación del artículo 1.081 del Código civil, comprende a la partición de herencia que hace el contador-partidor y aunque su redacción puede animar a -

excluir dicha partición, el texto conduce a la siguiente interpretación: la adjudicación de bienes hereditarios a un heredero que no lo es, será nula, porque sobre todas las cosas, para decretar esa nulidad, no debe influir - quién o quiénes realizan la partición del caudal relicto, sino el dato objetivo de la participación en los bienes hereditarios, de un extraño que no es heredero, porque es en la objetividad demostrada de ese dato, en la que debe apoyarse la nulidad y no en el dato subjetivo de quién o quiénes practicaron la partición de la herencia. Lo expresado constituye un punto de apoyo más, para que esa nulidad no afecte a la totalidad de los coherederos, sino solamente a la particular adjudicación de bienes hereditarios percibidos por el heredero que no lo es, con el fin de hacer entrega de esos bienes en particular mal adjudicados, a los verdaderos coherederos a través de una partición adicional.

4. La partición adicional como solución a la adjudicación de bienes hereditarios a un heredero sin serlo

La nulidad parcial de la partición de la herencia - con el fin de dejar sin efecto alguno, la adjudicación de bienes hereditarios a un heredero que no lo era, tiene como lógica consecuencia, en principio, una partición adicional, porque mantiene la validez del resto de las adjudicaciones hereditarias realizadas a los verdaderos coherederos. En el sentido expresado, la adjudicación de bienes he

reditarios a quien no era efectivamente heredero, es como si nunca hubiera sido hecha y consecuentemente, dichos bienes, nunca hubieran salido del estado de comunidad hereditaria, porque fueron mal adjudicados, por lo que deben ser rescatados y divididos entre los verdaderos dueños del caudal relicto.

A esta conclusión es a la que llegan la generalidad de los autores, entre los que cabe citar a Polacco (279), Giannattasio (280), Puig Brutau (281) y Albaladejo (282). No vamos a entrar aquí a resolver los diversos problemas que ofrece la partición adicional de unos bienes hereditarios, porque de ella nos hemos ocupado ampliamente en el número 35 de este capítulo, relativo a la omisión de bienes hereditarios en el proceso partitivo.

Conclusión.

Nuestro deseo ha sido constante en extraer una conclusión o solución, a raíz de cada estudio concreto de un acto del contador-partidor, dentro de la partición de la herencia, por lo que si de anotar conclusiones se trata, bastaría repasar cada una de las cuestiones planteadas y copiarlas aquí, con lo que caeríamos en una embarazosa reiteración del contenido de la monografía. Por ello a manera de conclusión, parece lícito expresar, en una forma más o menos libre del espíritu científico, la impresión que nos ha dejado la investigación. La partición de la herencia hecha por el contador-partidor, no es una definición, es una serie de procedimientos ó actos que alcanzan la finalidad propuesta por el testador al nombrar a aquél: hacer dueños de los bienes del difunto a los herederos en forma concreta, expedita y extrajudicial.

La búsqueda del método para lograr esto, por ausencia de regulación legal, ha correspondido indistintamente, a la jurisprudencia, a la doctrina, a los conocimientos de los notarios, al mismo testador, a veces a los mismos herederos y casi nunca, a los contadores-partidores. El contador-partidor que debería ser el elemento principal de la partición que hace, no ocupa o no quiere ocupar o no se le otorga por la doctrina una posición destacada dentro de la misma por las siguientes razones: Primera: el estrecho margen de actuación - contar y partir - a que lo reduce el ar

título 1.057 del Código civil. Segunda: por las continuas presiones a que lo someten los herederos, que siempre quieren ser dueños del caudal lo más pronto posible, a pesar de que teóricamente lo sean a partir del fallecimiento del causante y como tercera razón, porque en realidad, el contador-partidor, en principio, no tiene ningún interés en el caudal relicto. Estas circunstancias han posibilitado, que algunos escritores defiendan la tesis de que del mismo se puede prescindir, para facilitar a los herederos que regulen sus propios intereses de la manera que tengan por conveniente a través de una partición contractual.

Sin embargo, la jurisprudencia todavía no ha aceptado este destronamiento, por decirlo así, del contador-partidor por parte de los herederos, pero ha admitido esa partición contractual cuando el contador-partidor interviene en la misma prestando su conformidad. Esta configuración irregular de la partición de la herencia que hace el contador-partidor, ha sido admitida, en función de la vida práctica que la reclama, no apoyada en norma legal alguna. De ésta figura irregular pueden surgir dos cosas: una es que la partición de herencia hecha por el contador-partidor, como se encuentra condicionada de tal manera por la voluntad de los herederos, ni deje de ser una partición unilateral para convertirse en una partición contractual, en la que por el ínfimo papel que desempeña el contador-partidor, como lo es, una mera aquiescencia de estilo, conducirá a hacerlo desaparecer, en breve, de la vida jurídica. Lo exp

sado constituye una visión pesimista de la figura del contador-partidor, que no debe cumplirse, porque en éste convergen los deseos y las aspiraciones de muchos testadores, aparte de la importancia que merece la extrajudicialidad de sus funciones. Por ello puede decirse que lo que ganan los herederos partiendo por sí mismos la herencia, pese a la existencia del contador-partidor lo pierde el testador, como lo máspreciado de su última voluntad en orden a una distribución querida de sus bienes. La cuestión que puede surgir y ésta es una concepción más optimista que la anterior, es que el acuerdo unánime de los herederos obligue a los contadores-partidores a tenerlo como una de las bases incommovibles de la partición de la herencia y respecto a los bienes hereditarios en que no recaiga ese acuerdo para dividirlos, el contador-partidor ejercerá sus funciones de conformidad con la voluntad del causante o acorde con las reglas legales que preconizan la óptima igualdad en la partición de la herencia.

Esta puede constituir una solución loables a la problemática del contador-partidor, que permite a los herederos la posibilidad de resolver sus propios intereses, pero si no lo logran, el contador-partidor unilateralmente puede hacer las adjudicaciones pertinentes, de conformidad con la voluntad del difunto o de las respectivas leyes que regulan la igualdad en la partición de la herencia. Con lo anterior, se evita la desintegración de la figura del con-

tador-partidor, que si no se cuida, en breve, constituirá letra muerta su regulación.

N O T A S

1. Como medida preliminar para realizar la división - dice Barbero - es necesario reconstruir el as hereditario. BARBERO, Domenico: Sistema Istituzionale del Diritto Privato italiano, tomo II (Unione tipográfica-Editrice Torinese, segunda edición, Torino, 1949) pág. 847.
2. Así se pronuncia Armero cuando dice que del inventario deben excluirse todos aquellos elementos de carácter intransmisible. ARMERO, Mario: Testamentos y particiones, tomo I (Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951) pág. 62.
3. La resolución de 13-V-1916 dice: la ley "concede al invetario una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre que descansan las operaciones particionales". Resolución nº 73 en Colección Legislativa, tomo LIV, vol. II, pág. 436. En el mismo sentido la sentencia nº 33 de 23-VI-1950 en Colección Legislativa, tomo XXXI, págs. 400 y 401.
4. Casación nº 110 de 10-II-1960 en Colección Legislativa tomo LXXXVI, pág. 609.
5. Véase PUIG BRUTAU, José: Fundamentos de Derecho civil, tomo V, vol. III (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1963) pág. 613. ALBALADEJO, Manuel: Derecho Civil, tomo V, vol. I, Derecho de sucesiones, parte general (Librería Bosch, Barcelona, 1979) págs. 367 y 368.
6. Véase CAMINERO, Eduardo: Tratado teórico práctico sobre partición de herencia (Editorial Reus, S.A., tercera edición, Madrid, 1927. pág. 240).
7. Véase GOMEZ MORAN, Luis: El ejecutor testamentario en el Derecho comparado (tratado teórico práctico de particiones) (Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950) pág. 318. También la sentencia nº 159, de 11-XII-1913, en Colección

Legislativa, tomo XLVI, vol. III, pág. 950.

8. La sentencia de 11-VII-1887 estimó válido un inventario pese a que en una sola partida se incluyeron todos los bienes muebles, valorándose al mismo tiempo. REPERTORIO DOCTRINAL Y LEGAL DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, tomo I (Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, segunda edición, Madrid, 1903) pág. 295.
9. Véase ESCOBAR DE LA RIBA, Eloy: Partición por comisario (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1940) pág. 395.
10. Idem: pág. 396.
11. Esta posición la fundamos en la diferencia - aceptada casi unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia - que se hace dentro de la actividad del contador-partidor, entre actos de disposición y de partición. Por ser los primeros de carácter excepcional, como por ejemplo: una venta, una donación, una adjudicación a un acreedor o tercero para pagar deudas, se exige el consentimiento de los interesados, no en cambio, cuando el partidor limita su actividad simplemente a contar y a partir, ejercicio ordinario de sus funciones que puede realizar unilateralmente. No obstante lo anterior, el testador puede habilitar al contador-partidor para que, en situaciones que excedan la simple facultad de contar y partir, puede obrar unilateralmente lo que mejor corresponda a los intereses de la herencia, independientemente de los coherederos. Véase la resolución de 7-IV-1896 en REPERTORIO DOCTRINA Y LEGAL DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, tomo III (Editorial Reus, S.A. tercera edición, Madrid, 1926), pág. 21; la resolución nº 10 de 10-I-1903 en Colección Legislativa, tomo XIII vol. I, pág. 52, La resolución nº 463 de 20-IX-1933, en Colección Legislativa tomo 210, vol. 4, pág. 374. BORREL Y SOLER, Antonio: Derecho civil español, tomo V (Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1954) pág. 469 y 470; LACAL, Pascual: Aportación al estudio de la adjudica-

ción de bienes inmuebles de una herencia para pago de deudas (Rev. de Derecho privado, Madrid, 1931) pág. 296; ESCOBAR DE LA RIBA, op. cit. pág. 391; MANRESA y NAVARRO, José M^a. Comentarios al C.c. español, tomo VII (Instituto Editorial Reus, 6^a ed. Madrid, 1943). pág. 656; GONZALEZ PALOMINO, José: La adjudicación para pago de deudas en Anales de la Academia Matritense del Notariado (Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945) págs. 320 y sgtes; ROCA SASTRE, Ramón m^a: Derecho hipotecario, tomo II (Bosch, Cada Editorial, Barcelona, 1948), pág. 632 y 633; ARMERO: op. cit. pág. 495; PEREZ, Blas y ALGUER, José, Comentarios al Derecho de sucesiones de Theodor Kipp, tomo V, vol. II (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1951) pág. 41; de LA CAMARA, Manuel: La revocación del mandato y del poder en Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo IV, Madrid, 1957, pág. 622; PUIG BRUTAU, op. cit. pág. 547 y 548; CHICO Y ORTIZ, José M^a: Protocolización de partición en Revista de Derecho Notarial, n^o LXXII, año XVIII, abril-junio 1971, Madrid, pág. 485.

12. Véase la Sent. n^o 424 de 25-XI-1884 en el REFERTORIO DOCTRINAL Y LEGAL DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL ESPAÑOLA Tomo I, op. cit., pág. 295.
13. Véase la sentencia n^o 62 de 17-V-1898 en REPERTORIO - DOCTRINAL Y LEGAL DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL ESPAÑOLA tomo IV (Editorial Reus, S.A., tercera edición, Madrid, 1.926); pág. 46; resolución n^o 85 de 14-III-1.903 en Colección Legislativa tomo XIII, voo. I. pág. 468; resolución n^o 72 de 26-II-1906 en Colección Legislativa tomo XXI, vol. I, pág. 453; resolución n^o 37 de 30-IV-1.906, en Colección Legislativa, tomo XXII; vol. II, pág. 248; resolución n^o 61 de 5-X-1.906 en Colección Legislativa, tomo XXIII, vol. II, pág. 280 y 281; resolución n^o 58 de 11-IX-1.907 en Colección Legislativa, tomo XXVI, vol. III, pág. 329; resolución n^o 51 de 22-VIII-1914 en C.L., tomo XLIX, vol. III, pág. 253 y resolución n^o 102 de 6-III-1923 en C.L. tomo LXXVI, vol. I, pág. 537. Tanto la doctrina como la jurisprudencia es unánime en admitir la actuación mancomunada del contador-partidor y el cónyuge viudo, en orden a la depuración de la masa de los bienes privativos del cónyuge viudo, atendiendo a que los bienes de éste no deben sufrir el proceso particional, propio de los bienes de

los sucesores del difunto; así aquella depuración ha sido calificada de algo extraño y superior a la simple facultad de partir (resolución nº 42 de 12-XI-1895 en C.L., vol. III, pág. 238); o bien la partición ha sido catalogada como "acto distinto de la liquidación de la sociedad conyugal" (resolución nº 85 de 14-III-1903 en C.L., tomo XIII, vol. I, pág. 468). MANRESA al parecer fundado en la sentencia nº 21 de 10-I-1934 (C.L., tomo CXXX, vol. I, pág. 178), afirma: "Esta partición especial constituye un acto distinto y previo a la partición de la herencia. El contador, por sí solo, no puede llevar a efecto esa liquidación y los herederos del cónyuge premuerto, a lo más podría concedérsele su intervención en representación del causante o sus herederos, para poder determinar, como acto previo y necesario, los bienes que entre dichos herederos debe después dividir". MANRESA: op.cit. pág. 655. Véase también ROCA SASTRE: Derecho hipotecario: op. cit. pág. 633 y 644; GOMEZ MORAN: El ejecutor testamentario en el Derecho comparado, op. cit. pág. 289 RUIZ ARTACHO, Juan: Partición de herencia por Comisario (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1952) pág. 243, y siguientes.

13. PUIG BRUTAU, op. cit. pág. 543.
15. Véase la sentencia nº 60 de 26-XI-1955 en C.L., tomo LIII, pág. 708.
16. GONZALEZ PALOMINO, José: Una nueva cláusula de estilo: la de "no estorbar" en Anales de la Academia Matritense del Notariado tomo II (Instituto Editorial Reus, segunda edición, Madrid, 1950), pág. 598.
17. Idem: pág. 600.
18. ALBALADEJO: op. cit. pág. 335.
19. GARCIA FERNANDEZ, José: Partición de herencia anulable (Revista general de Legislación y Jurisprudencia tomo 123, Madrid 1913) pág. 29 y sigtes.

20. GOMEZ MORAN, Luis: Las cláusulas de estilo y el contador partidador (Revista Crítica de Derecho inmobiliario, Madrid, 1948) pág. 639.
21. Relación aproximada de los hechos: la testadora nombró contador-partidador a su marido, transcurrieron dieciocho meses sin que realizara la partición. Los herederos promovieron el juicio voluntario de testamentaría: el Juzgado denegó, la Sala accedió y la Sala de Casación resolvió entre otras cosas: "que el derecho que otorga en general a los testadores para encomendar por acto inter vivos o mortis causa a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos la simple facultad de hacer la partición en nada ha alterado ni modificado el derecho que tienen los hijos legítimos a promover el juicio voluntario de testamentaría en la forma que expresan los artículos de la ley procesal..., sin que pueda sostenerse, que el citado art. 1.057 haya venido en mengua de los derechos legitimarios a derogar el precepto de nuestro antiguo derecho... de que los herederos forzosos deben recibir su porción legítima libremente y sin ningún agravamiento y sin ninguna condición". Sentencia nº 36 de 8-II-1892 en C.L. vol. I, pág. 163.
22. Sentencia nº 71 de 17-X-1893 en C.L., vol. III, págs. 310 y 311.
23. Sentencia nº 148 de 14-III-1895 en REPERTORIO DOCTRINAL Y LEGAL DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL ESPAÑOLA, tomo III, pág. 258.
24. Sentencia nº 23 de 14-V-1895, en C.L., tomo 89, vol. II, pág. 125.
25. "No se opone a los preceptos de los artículos 1.046, 1.070 y 1.073 de la Ley de Enjuiciamiento civil que el testador designe los cotadores partidadores de su caudal y mientras este nombramiento no perjudique los intereses de los herederos forzosos, están éstos en la obligación de respetarle al tenor de lo dispuesto en el primero de dichos artículos, que concede amplias

facultades al testador para establecer reglas distintas de las ordenadas en la ley de Enjuiciamiento para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes". Sentencia nº 31 de 20-I-1888 en Repertorio doctrinal y legal de la jurisprudencia civil española, tomo I, pág. 125.

26. Resolución de 28-VI-1887 en Repertorio doctrinal y legal de la jurisprudencia civil española, tomo I, pág. 570.
27. Dice la resolución nº 58, de 11-IX-1907, que la validez de la partición efectuada por el contador se funda en los artículos 1.056 y 1.057 y no en el consentimiento de los herederos, los cuales han de sujetarse a la partición mientras no se impugne judicialmente por haberse faltado a la ley o a la voluntad del testador; "esto es, mientras no se acuerde por los Tribunales su rescisión, puesto que si hubiera de requerirse dicho consentimiento, holgaría la frase se pasará por ella, que emplea el art. 1.056, y resultaría al fin ilusoria aquella facultad, ya que entonces no serían el testador o el comisario los que hicieran la partición, sino los propios herederos, que a tanto equivaldría el necesario requisito de su previa conformidad" Colección Legislativa tomo XXVI, vol. III, pág. 329.
28. Dice la sentencia nº 108 de 4-VII-1895: "los albaceas contadores partidores tienen el carácter de mandatarios del testador y no de los herederos, y la oposición de éstos a los actos de aquéllos, ni les priva de las facultades recibidas y aceptadas, ni del derecho a ser reintegrados de los gastos ocasionados por el mandato cuando, como acontece en el presente caso, no se han extralimitado en sus facultades". Colección Legislativa, vol. II, pág. 522.
29. Dice la sentencia nº 93 de 28-XII-1896: "Si bien el artículo 1.039 de la Ley de enjuiciamiento Civil permite a contrario sensu a los herederos forzosos promover el juicio de testamentaria, y que dentro de él los intere

sados deben proceder, en punto al nombramiento de -
contadores, con arreglo al art. 1.070, ambas dispo-
siciones está subordinadas a la especialidad de lo
ordenado por el testador, de conformidad con los ar-
tículos..." 1.056, 1.057 C.c. y 1.046 L.e.c. Colec-
ción Legislativa vol. IV, pág. 497.

30. Dice la resolución nº 114 de 22-X-1897, "los herede-
ros han prescindido en abosluto de la intervención
del albacea nombrado por el testador y que, indepen-
dientemente de la conformidad de los mismos y de si
quedan o no bien cumplidas todas las disposiciones
testamentarias, es lo cierto que tal omisión consti-
tuye una infracción de disposiciones preceptivas del
C.c. contenidas en la sección 11, tit. 3º, libro 3º
que no son renunciables por los particulares y dejan
incumplida, un extremo que puede ser tan importante
la voluntad expresa del testador, que es ley en la
materia. Considerando que aceptado el cargo de alba-
cea, es éste, por ministerio de la ley, el único ca-
pacitado para representar la personalidad del testa-
dor y ejecutar su voluntad con eficacia legal, hasta
el punto de tener que desempeñarlo con carácter obli-
gatorio y no poderlo renunciar sino judicialmente se-
gún el art. 899 C.c.,; estándole prohibido delegarlo
cuando no le ha autorizado el testador para ello, con-
forme el 909; disponiendo finalmente el 911 que sola-
mente en el caso de que no haya albacea, o éste muer-
ra, renuncie, sea removido o deje transcurrir los --
plazos legales, corresponderá a los herederos la eje-
cución de la voluntad del testador". "Obró correcta-
mente el Registrador negándose a inscribir las parti-
ciones verificadas por quienes no estaban autoriza--
dos por el testador, para este trabajo, aun cuando -
tuvieren el carácter de herederos, que para el cum--
plimiento de dispoisicones de carácter preceptivo es
indiferente, siendo totalmente ajeno a ésta cuestión
la de examinar si queda de todos modos bien cumplida
la voluntad del testador, pues por bien ejecutado que
se halle un acto, sino lo realiza el que puede y debe
resulta, por la sola razón de falta de personalidad y
capacidad, enteramente nulo" Colección Legislativa,
vol. III, pág. 567.

31. Dice la sentencia nº 71 de 24-II-1905: "si bien al - testador incumbe, aunque sus herederos tengan el carácter de forzosos, la facultad de encomendar a quien juzgue conveniente, siempre que no sea coheredero, la partición de sus bienes, no obstante que se haya pro movido el juicio de testamentaría para que el conta dor así nombrado desempeñe su cargo en dicho juicio; esta doctrina fundada en preceptos de legislación civil y procesal y sancionada por la jurisprudencia, no resulta infringida en el presente recurso, porque el autor recurrido no niega la mencionada facultad ni - prohíbe que don... designado por doña... en su testamen to para el indicado cargo, lo ejercite, sino que aplaza la intervención del referido contador para el lugar y caso que proceda, reservándole el derecho de pedir en los autos lo que con arreglo a sus funciones y cargo estime procedentes". "Se le reconoce la indicada atribución, y únicamente se aplaza el uso de su - derecho para que pueda hacerlo valer oportunamente, sin perjuicio de la eficacia de las demás diligencias propias del juicio de testamentaría". Colección Legislativa, tomo 100, pág. 401, y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia nº 84, de 22-XI-1910 en C.L. tomo XXXVII, vol. III, pág. 450, y la sentencia nº 20 de 8-V-1926 en C.L., tomo 171, vol. III, pág. 155.
32. Dice la resolución nº 60 de 26-XI-1930: "todo intento de realizar la distribución de la masa relicta sin su intervención es en principio ilícito y sólo con especiales justificaciones como la renuncia o la muerte de los nombrados sería admisible en la técnica notarial" Colección Legislativa, tomo CXV. vol. VI, pág. 314. La sentencia nº 294 de 18-V-1933 dice: "establecida y ordenada la masa dividenda por medio de comisarios, vienen éstos a sustituirse en las facultades aquél, no - con mero arbitrio y libre modo, sino sometidos estrictamente a las cláusulas testamentarias, pero en juego de plena autonomía dentro de plazo regular, como corres ponde a su calidad de iudex familiae erciscundae, cuyos poderes adquieren total amplitud de función, sin otras intervenciones judiciales que las decisorias en cuanto

a los motivos de rescisión, cuando éste procediere en justicia". "Iniciado el juicio universal de testamento a estímulo de parte calificada, la provocación de instancia y apertura del procedimiento no atrae a su régimen ni cohibe en lo más mínimo las atribuciones de los contadores partidores cuando éstos entendieron llegada la oportunidad de ejercitarlas marginalmente al proceso judicial, porque éste se da para resolver la comunión de cosas y derechos a virtud del principio nihil debet indivisum relinquere; y es claro que si a ello se adviene por el cauce normal del testamento, huelga el subsidiario del juicio ante el Juez legal, tanto por imperio de la ley particular del caso, como por razones de economía procesal, debiéndose sobreseer en las diligencias jurisdiccionales cuando las operaciones divisionarias de los contadores partidores testamentarios... hubieran sido... terminadas". Colección Legislativa, tomo CXXVII, vol. III, pág. 178.

33. Prosigue la resolución: "Si bien con una interpretación benévola podría reputarse que la entrega del cuaderno a los herederos para que presten su beneplácito no desvirtúa la naturaleza unilateral y privilegiada del acto cuando los momentos jurídicos aparezcan bien diferenciados y tengan por directa finalidad aceptar la herencia y cumplir del mejor modo la voluntad del testador, es lo cierto que la lectura de las bases del cuaderno pone de relieve que los acuerdos adoptados no se limitan a la formación del inventario, porque la 4ª y la 6ª formulan declaraciones sobre colación y adjudicación de bienes, operaciones propiamente de liquidación y partición, y con ello aparece infringido el art. 1.057 C.c., cercenado el poder dispositivo de los comisarios, y, en definitiva, alterada la naturaleza jurídica de la partición, cuya eficacia, impugnación, modificación o rescisión quedan pendientes de preceptos contradictorios". Colección Legislativa, tomo III, pág. 821.
34. "... sin que en contrario - prosigue la sentencia-que

pa arguir que el convenio de acatar las operaciones - divisorias en aquél contenidas carecía de los requisitos de forma necesarios en un contrato de compromiso, pues, como también tiene establecido esta Sala - en diferentes sentencias - las de 29-III-1911, 24-VI-1927 y 14-III-1933, entre otras -, es válido el pacto por el cual los contratantes convienen en autorizar a un tercero para dirimir las cuestiones que entre - ellos existan o puedan existir, pactos de esta naturaleza que, por tener distinto alcance y finalidad que los compromisos regulados como juicios especiales en la ley Procesal y el Código civil, no están sometidos a lo dispuesto en los artículos 1.820 y 1.821 del últimamente citado Código". Colección Legislativa, tomo VIII, pág. 912 y - 913.

35. ALBALADEJO, op. cit. pag. 337.

36. Dice la resolución nº 111 de 13-XI-1903: "no se ha infringido el art. 1.058, ya que, con arreglo al 911, - aplicable también por analogía, si el albacea deja pasar el término señalado por el testador o por la ley sin cumplir su encargo, corresponde a los herederos la ejecución de la voluntad del testador". Colección Legislativa, tomo XIV, vol. II, pág. 602. La resolución nº 71 de 28-IV-1945 se pronuncia con otras palabras, en el mismo sentido: "por variadísimas circunstancias pueden haber caducado las facultades del comisario, y a su vez la limitación del poder dispositivo de los herederos, mantenida indefinidamente equivaldría al cierre del registro, se hace necesario permitir la inscripción de la partición otorgada por los - herederos cuando por el tiempo transcurrido sin aceptar ni ejecutar el mandato y por las circunstancias de fallecimiento, incapacidad o ausencia de los comisarios que el Notario haya puesto de relieve se venga en conocimiento de su licitud y eficacia". Colección Legislativa tomo X, pág. 669.

37. La sentencia nº 47 de i-II-1906 dice: "mientras no apareciese que éste (el albacea contador-partidor) renun-

ciaba en forma legal al cargo, al mismo correspondía practicar las operaciones particionales de la herencia, siendo improcedente atribuírlas a los herederos cuando no han concurrido, como en el caso del presente recurso, ninguna de las circunstancias exigidas por el art. 911 del Código". Colección Legislativa tomo XXI, vol. I, pág. 283.

38. La resolución nº 60 de 26-XI-1930 dice: "todo intento de realizar la distribución de la masa relicta sin su intervención es en principio ilícito y sólo con especiales justificaciones como la renuncia o muerte de los nombrados sería admisible en la técnica notarial. Colección Legislativa, tomo CXV, vol. II, pág. 314.
39. La sentencia de 3-XII-1902 dice: "Si la prohibición de promover el juicio voluntario de testamentaria a que se refiere el art. 1.039 L.e.c. ha de producir todos sus efectos, es preciso, conforme al sentido y espíritu del art. 1.045 de la misma, no sólo que el testador haya nombrado una o más personas con el carácter de albaceas, contadores o cualquier otro, sino que los designa dos se hallen dispuestos a practicar extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaria, pues que de otra suerte resulta un caso igual a aquel en que no se haya cuidado el testador de hacer designación de los cumplidores de su voluntad". Si dos albaceas mancomunados no se ponen de acuerdo, para hacer la partición "resultan rectamente aplicados los artículos 1.039 y acitado y 1.059 C.c. por la razón consignada en el anterior considerando". Colección Legislativa, tomo XII, vol. II, pág. 633.
40. Para ejercitar el derecho que concede el art. 1.038 L.e.c. - dice la sentencia nº 142 de 24-XI-1906- no es necesario demostrar que los interesados están en desacuerdo sobre la forma de hacer la partición. De los artículos 911 y 1.059 no se colige que haya que demostrar ese desacuerdo. Colección Legislativa, tomo XXIII, vol. III, pág. 820.

41. Véase la sentencia nº 108 de 4-VII-1895 en C.L., vol. II, pág. 522; la resolución nº 93 de 28-XII-1896 en C.L., vol. IV, pág. 497 y resolución nº 71 de 28-IV-1945 en C.L., tomo X, pág. 669.
42. Véase la resolución de 29-IV-1885 en Repertorio doctrinal y legal de la jurisprudencia civil española, tomo I, pág. 385 y la resolución nº 25 de 13-IV-1892, en C.L., vol. II, pág. 104 y 105.
43. "El albacea... por la responsabilidad que le alcanza -dice la sentencia nº 108 de 14-XII-1957- dada la comisión de confianza que le fué encomendada, es quien debió solicitar la intervención del defensor judicial al conocer que tenía que conjugar derechos de unos y deberes de otros, que no eran conciliables y en defensa de éstos debió promover su nombramiento para que en nombre de ellos interviniera" C.L., tomo LXIII, - pág. 1.267.
44. RUIZ ARTACHO, op. cit. pág. 260.
45. Colección Legislativa, tomo LIV, vol. II, pág. 436.
46. Colección Legislativa, tomo 215, vol. IV, pág. 492.
47. Colección Legislativa, tomo LIII, pág. 709.
48. Así lo resolvió la resolución nº 72 de 9-X-1901: "la representación de la madre en dicha escritura (particional) es perfectamente válida y legal, puesto que habiendo renunciado a todos los derechos que le correspondían en la sucesión, han desaparecido los motivos de oposición que pudieron existir entre el interés de aquella y el de sus hijos" C.L. tomo X, vol. II, pág. 246.
49. "Atendida la importancia que tiene el inventario -dice la resolución mencionada-, exige el artículo 1.057 C.c. que cuando entre los coherederos haya alguno menor de edad o sujeto a tutela, debe el Comisario citar

para la formación del mismo a todos los coherederos, acreedores y legatarios, debiendo intervenir en nombre de dichos menores o incapacitados sus representantes legales y, por tanto, los defensores judiciales de los sujetos a patria potestad, cuando existen intereses contradictorios entre éstos y el padre o madre respectivos, como preceptúa el art. 165". "En tal concepto y dado el interés contradictorio que puede existir entre padre e hijos en la formación del inventario, precisa en éstos casos el nombramiento de dicho defensor, sin que pueda excusar de ésta formalidad el hecho de que en el actual caso don... haya renunciado a la parte que pueda corresponderle en la herencia de su esposa, pues esta renuncia no excusa la incompatibilidad nacida del diverso interés que pueda nacer de la inclusión o exclusión de determinados bienes en el inventario" C.L. tomo 133, vol. II, pág. - 1.077.

50. RUIZ ARTACHO, op. cit. pág. 255 y siguientes.

50 bis. Lo expresado aquí se encuentra modificado por el Real Decreto-Ley de 16-XI-1978, nº 33/78, que adelanta la mayoría de edad a los dieciocho años. Dice el mencionado Real Decreto-Ley: "Artículo 1º. La mayoría de edad empieza para todos los españoles a los 18 años cumplidos. Artículo 2º. Los artículos 19, 168, 278, 318, 320 y 323 del Código civil quedarán modificados en el sentido siguiente: Artículo 19: En el párrafo 2º quedarán sustituidas las palabras "veintiún" y "dieciocho" por "dieciocho" y "dieciséis", respectivamente. Artículo 168: En el párrafo 1º, la palabra "dieciocho" se sustituirá por "dieciséis". Artículo 278: En el número 1º se sustituirá la edad que en él figura por la de "dieciocho". Artículo 318: La palabra "dieciocho" quedará sustituida por "dieciséis". Artículo 320: En el párrafo 1º, la palabra "veintiun", quedará sustituida por "dieciocho". Artículo 323: En el número 1º quedará sustituida la palabra "dieciocho" por "dieciséis".

51. Véase las resoluciones nº 9 de 4-XI-1896 en C.L., vol. IV, pág. 38, nº 9 de 7-I-1907, en C.L., tomo XXIV, vol.

I, pág. 42; nº 44 de 30-I-1911 en C.L., tomo XXXVIII vol, I, pág. I, pág. 285; nº 75 de 1-VII-1916 en C.L. tomo LV, vol. III, pág. 434, y nº 75 de 28-V-1917, en C.L. tomo LVIII, vol. II, pág. 410.

52. Véase ALBALADEJO, Manuel: Anotaciones de Derecho español a la traducción española de Cicu: Derecho de sucesiones, Parte General (Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964) págs. 766 y 767 y HERNANDEZ GIL, Félix: Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por comisario (Revista de Derecho Privado, tomo LII, Madrid, 1968) pág. 536.
53. Véase GOMEZ MORAN: El ejecutor testamentario, op. cit. pág. 294.
54. Véase de MARTINO, Vittorio: Commentario teorico-pratico al Codice civile, Libro II, Delle successioni testamentarie, art. 578-712 (Edizioni Pen. 1ª edizione, Roma, 1973,) pág. 566.
55. En orden a la acepción vulgar de ausencia, véase el comentario de Albaladejo al artículo 902, 4ª del Código civil en relación a aquellos herederos que "no cuentan" cuando el albacea se dispone a tomar las medidas de "conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes".
ALBALADEJO, Manuel: El albaceazgo en el Derecho español (Editorial Tecnos, Madrid, 1969) pág. 266.
56. La esfera del defensor (art. 165 C.c.) es judicial y extrajudicial - dice la resolución nº 73 de 13-V-1916-; "en este sentido han sido reconocidas sus facultades para recibir la citación que conforme al párrafo 2º del art. 1.057 mencionado deber ser hecha a los hijos sujetos a la patria potestad, cuando el padre tenga interés opuesto al suyo en alguno extremo de las operaciones testamentarias"... la comparecencia de los menores de edad no emancipados... a los efectos de manifestar que habían sido citados oportunamente por los comisarios para la práctica del inventario que sirvió de base a la -

partición, no puede estimarse suficiente para la validez de aquél acto jurídico por la falta de capacidad de dichos menores, tanto para hacer dicha manifestación como para ser citados personalmente" C.L. tomo LIV, vol. II, págs. 436 y 437.

57. El contador-partidor manifiesta - dice la resolución nº 34 de 30-IV-1917 - que el inventario y el avalúo se practicó, "previa citación de los herederos, representación de uno de estos y legatarios, y... a los efectos de preconstituir una prueba del acto jurídico, hubiera sido conveniente manifestar la forma en que se llevaba a cabo". C.L., tomo LVIII, vol. II, pág. 189. En el mismo sentido, la resolución nº 102 de 6-III-1923, en C.L. tomo LXXVI, vol. I, pág. 537.
58. CAMINERO, op. cit. pág. 248.
59. Véase BORDA, Guillermo: Tratado de Derecho civil argentino, Sucesiones, tomo I (Editorial Perrot, Buenos Aires, 1964) pág. 438. La resolución 102 de 6-III-1923, dice: "que de estimar necesaria la comparecencia de los herederos, legatarios, acreedores o de sus representantes citados, se estorpecerían en grado sumo las operaciones y se echaría sobre los interesados que pueden vivir lejos del lugar del otorgamiento ó tener en el mismo reducido interés, una carga desproporcionada" C.L., tomo LXXVI, vol. I, pág. 537, No encuentra respuesta racional la anterior resolución, si pensamos que con la aceptación, el representante asume la obligación de desempeñar el cargo bien y fielmente, con la posibilidad de no aceptarlo, si la obligación que asume es desproporcionada a su capacidad o a su deber de diligencia, que debe valorar antes de la aceptación del cargo.
60. Véase la responsabilidad que pone de relieve el registrador, en orden a la representación del defensor judicial, en resolución nº 102 de 6-III-1923 en C.L., tomo LXXVI, vol. I.

61. "La facultad de inventariar - dice Gómez Morán - es propia del contador... pero el acto puede ser presenciado por las personas que quedan dichas (acreedores, herederos y legatarios, cuando hay menores sujetos a tutela), siempre que tengan interés en ello puesto que el C.c. les otorga un derecho pero no les impone ninguna obligación. Esta existirá por lo que se refiere a los representantes de los menores e incapaces que no concurren al acto una vez requeridos, cuando como consecuencia de su omisión o inhibición, resultan perjudicados sus representantes, por ausencia de aquella diligencia que es exigible al bien padre de familia y que se aplica a todos los que representan o administran bienes ajenos" GOMEZ MORAN: El ejecutor testamentario, op. cit. pág. 291.
62. Para Gómez Morán los comparecientes no pueden entorpecer la labor del contador-partidor, pueden "manifestar su parecer..., solicitar la inclusión o exclusión de éstos o de los otros bienes, a requerir al Comisario para que consigne sus deseos y manifestaciones a fón de que quede constancia en ellas, y en su defecto ante la resistencia del requerido, a utilizar los medios indirectos necesarios, incluso interesando la intervención notarial. Pero, por encima de todo esto, quedará el contador en condiciones de libertad, porque no es entonces, en el acto del inventario..., si no en el momento de aprobar o impugnar la partición, cuando los repetidos acreedores, herederos y legatarios podrán hacer uso de sus derechos y a formular las reclamaciones que estimen oportunas en defensa de aquellos". GOMEZ MORAN. El ejecutor testamentario, op. cit. pág. 292. En sentido aproximativo dice Ruíz Artacho: "La comparencia... 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... la inclusión o exclusión de determinados bienes o deudas cuando así lo estimen preciso". RUIZ ARTACHO: Partición de herencia por comisario, op. cit. pág. 250.

63. DE MARTINO, op. cit. pág. 565.
64. Así se expresa la resolución nº 105 de 21-XII-1909 en C.L., tomo XXXIV, vol. IV, pág. 750.
65. Así se deduce de la resolución nº 156 de 18-VIII-1909 aunque no contemple el caso relativo a la no producción de la citación. C.L., tomo XXXIII, págs. 806 y 809.
66. Véase la resolución nº 102 de 6-III-1923 en C.L. tomo LXXVI, vol. I, pág. 527.
67. Véase la sentencia nº 60 de 26-XI-1955, en C.L., tomo LIII, pág. 708 y 709 y sentencia nº 247 de 11-IV-1967 en C.L. abril 1.967 pág. 202.
68. Véase HERNANDEZ GIL: Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por comisario, op. cit. pág. 529.
69. Dice la resolución: "el menor, nieto de la causante... es legatario de cosas específicas y determinadas que, aunque no cupieren dentro del tercio de libre disposición y debieren computarse en parte en el de mejora no le atribuirían carácter de legitimario, puesto que, en este caso, no es heredero forzoso y, en consecuencia, no resulta necesaria su citación para el inventario, ordenada en el párrafo segundo del artículo 1.057, cuando entre los coherederos, a los que se asimilan también, según la jurisprudencia, los legatarios de parte alícuota haya menores de edad o sujetos a tutela". C.L., tomo XXXVIII, pág. 532.
70. La sentencia nº 18 de 9-VI-1952 estableció, teniendo a la vista que el contador-partidor valoró los bienes de la herencia muy bajo, con la consecuencia, de que adjudicó los mismos a la viuda en pago de sus aportaciones matrimoniales, no pudiendo un heredero voluntario y un legatario, participar en los bienes relictos; de haberse conformado el contador-partidor a las reglas trazadas por el testador, atinentes al avalúo, hubieran

participado en la herencia de todos los instituidos. Dice la mencionada sentencia: "resulta indudable que el comisario, por grave error en el avalúo de los bienes, no prestó el debido acatamiento a la clara voluntad del causante, esto bastará para justificar el fallo en cuanto declara la rescisión de las operaciones particionales realizadas por el contador, sin que, por lo tanto, sea de apreciar la infracción de los artículos 1.074 y 1.075 C.c. No obsta a la rescisión declarada la circunstancia de que el error de tasación se haya cometido con ocasión de liquidar la sociedad de gananciales, como operación previa a la fijación del caudal relicto, pues trascienden sus errores en la partición en forma tal, que debido a ellos quedó en realidad, anulada injustificadamente la institución hereditaria y el legado antes referidos". C.L., tomo XXXIX, pág. 147.

71. CICU, Antonio. Derecho de Sucesiones, Parte general, con anotaciones de Derecho español común y foral de Manuel Albaladejo (Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964) pág. 768.
72. Véase ALBALADEJO: Anotaciones de Derecho español a la traducción española de Cicu, op. cit. pág. 769.
73. LA CRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco: Derecho de sucesiones, tomo I (Librería Bosch, Barcelona 1.971) pág. 221.
74. La sentencia nº 95 de 18-IV-1934 decidió que el avalúo debe practicarse inmediatamente después del fallecimiento del de cuius, atendiendo únicamente, a que en ese momento, los derechos y obligaciones se transmiten a los herederos. No analiza los perjuicios que se pueden causar a los partícipes, al adjudicarle los bienes de la herencia, tasados con precios, tal vez superados a la fecha de producirse la adjudicación. Dice la sentencia mencionada: "al transmitirse todos los derechos a la sucesión de una persona desde el momento de su muerte, y suceder los herederos al difunto en todos sus derechos

y obligaciones que no se extinguen por el fallecimiento, es indeclinable consecuencia que desde aquel momento los sucesores se colocan en la situación del causante y adquieren todo el patrimonio de éste, haciendo suyos los bienes que por la sucesión le pertenecan en el estado, valoración y circunstancias que les acompañan y, en su virtud, ese es el instante en que debe fijarse su verdadero importe, ya que sería arbitrario e injusto referir su valoración a ningún otro momento anterior ni posterior" Colección Legislativa, tomo CXXXI, volumen II, pág. 545.

75. Así se pronuncia la sentencia nº 30 de 16-XI-1955, que cita a su vez las sentencias de 17-IV-1943 y de 22-XII 1944 y aludiendo al artículo 1.074 C.c. Colección Legislativa, tomo LIII, pág. 326.
76. POLACCO, Vittorio: De las sucesiones, tomo II (Ediciones jurídicas Europa-América, 2ª edición, Buenos Aires 1950) Pág. 340.
77. BORDA: op. cit. pág. 440.
78. MAZEAUD, Jean, Henri y Leon: Lecciones de Derecho civil, volumen IV (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pág. 40.
79. LACRUZ-SANCHO, op. cit. pág. 221.
80. VALLET DE GOYTISOLO, Juan: Facultades de los contadores-partidores para interpretar el testamento (Anuario de Derecho Civil, tomo XVIII, 1965, Madrid) págs. 259 y 260.
81. CICU, op. cit. pág. 752.
82. ALBALADEJO: Anotaciones de Derecho español a la traducción española de Cicu, Derecho de Sucesiones. Parte general, op. cit. pág. 769.
83. Idem: pág. 816.

84. Véase un caso de doble y única valoración en VALLET DE GOYTISOLO: Facultades de los contadores-partidores para interpretar el testamento, op. cit., págs. 260 y 266.
85. Es de incontestable evidencia el principio que declara que antes de heredar es pagar, principio que explica la definición que contiene la ley 3ª, tit. 32 Partida 7ª, según la cual es herencia "la heredad é los bienes de algund finado, sacando ende las de das que devía é las cosas que y fallaren ajenas". Resolución de 9-II-1887, en Repertorio doctrinal y legal de la Jurisprudencia civil española, tomo I, op. cit., págs. 184 y 185.
86. Así, FALCON, Modesto: Exposición doctrinal del dere cho civil español, común y foral, tomo II (Establecimiento tipográfico de D. Vicente Oliva, 1878) págs. 426 y 427; y VALVERDE y VALVERDE, Calixto: Tratado de Derecho civil español, tomo V (Talleres tipográficos "Cuesta", 3ª edición, (Valladolid, 1926), pág. 589.
87. "Finalidad de la división del activo es...-dice Messineo-poner fin a la comunidad. Mediante la división, el derecho de los conherederos singulares, de derecho sobre todo el patrimonio hereditario en razón de una cuota aritmética, se convierte en derecho exclusivo (solitario) sobre bienes determinados, correspondientes en su conjunto al valor pecuniario de la cuota aritmética ya correspondiente a cada uno". MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo VII, traducción de la 8ª edición italiana de 1951 por Santiago Sentís, (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956), pág. 378 y 379.
88. Dice la sentencia nº 149 de 22-V-1894: "Según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 10-I-1860, el encargo hecho por el testador a dos o más personas para que distribuyan la herencia con arreglo a las instrucciones verbales que les haya dado,

no entraña una verdadera institución de heredero". Repertorio doctrinal y legal de la jurisprudencia civil española, tomo III, op. cit., pág. 19.

89. "Aún no existiendo en la herencia - dice la sentencia nº 124 de 27-XII-1899, no cabe considerar que deja de formar parte de ella el metálico entregado, aparte de la legítima, a un hijo no heredero por el que lo fuese, si a éste se le impuso su abono como procedente de la misma herencia. La insignificancia de la cantidad satisfecha en aquella forma no implica el incumplimiento de la voluntad del testador; si éste dejó el libre arbitrio de su albacea la distribución del remanente de sus bienes después de pagadas las legítimas". Repertorio doctrinal y legal de la jurisprudencia civil española, tomo IV, op. cit. pág.160.
90. Colección Legislativa, tomo LXII, vol. III, pág.476.
91. Dice la mencionada resolución: "la partición hereditaria formalizada por el comisario nombrado con arreglo al artículo 1.057 Código Civil, es 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 los artículos 1.056 y 1.057". Colección Legislativa, tomo 179, pág. 349.
92. La sentencia nº 108 de 4-VII-1895 expone un caso en que la división que realizó el contador-partidor fue guiada no sólo por la indivisibilidad del bien, sino que la enemistad de dos herederos fué determinante - para que adjudicara el bien a uno solo, teniendo que recurrir al suplemento en metálico. Colección Legislativa, vol. II, pág. 521 y 522.
93. Los contadores-partidores - dice la resolución nº -- 100 de 18-XII-1951- "tienen amplias facultades para interpretar y cumplir la voluntad del testador, y al efecto, pueden hacer las declaraciones unilaterales

necesarias, pero como resolvió, entre otras, la sentencia de 18-V-1933, no con su libérrimo arbitrio, - sino que con sujeción estricta al testamento, que constituye la norma fundamental de la sucesión, y sin que, tales facultades alcancen a declarar, por sí, nulo e ineficaz un testamento del causante o alguna de las cláusulas en que ordene la distribución de la herencia, ni a prescindir de los derechos sucesorios concedidos por el padre al hijo ilegítimo como se hace en el presente caso" Colección Legislativa, tomo XXXVI, - págs. 1133 y 1134.

94. Dice la sentencia nº 81 de 23-XI-1899: "si bien las - disposiciones testamentarias deben entenderse en el - sentido literal de sus palabras, es necesario para fijar la verdadera inteligencia de aquellas examinar todas y cada una de las cláusulas del testamento y relacionalas unas con otras, a fin de que, según el tenor del mismo, se observe y cumpla lo que sea verdaderamente conforme a la intención del testador". Aunque a los contadores-partidores se les conceda amplias facultades "sin limitación, y se impusiera a los herederos y legatarios la obligación de estar y pasar por lo que aquéllos practicaran, siempre y en todo caso las atribuciones de los referidos albaceas están limitadas por lo que expresamente el testador ordena, ya que lo contrario será anular la voluntad del mismo y aún equivaldría a dejar la formación del testamento al arbitrio de terceros, lo cual prohíbe el artículo 670 C.c." Prosigue la misma sentencia: "aún estimando concedida a los albaceas la calidad de comisarios partidores, conforme al artículo 1.057 C.c., por haberseles dado el carácter de contadores, tal calidad sólo les atribuye la simple facultad de hacer la partición con arreglo a lo ordenado en el testamento y con sujeción a lo dispuesto en el mencionado artículo, sin que el - derecho que tuvieran en tal caso de ultimar por sí mismos las operaciones divisorias obste al que para impugnarlas tienen los herederos y demás interesados si aquellas no se adaptan a lo expresamente mandado por el -

testador, o están practicadas, según el sólo arbitrio de los comisarios, contraviniendo lo establecido en el ya citado artículo 670" Colección Legislativa, tomo VI, vol. III, págs. 386 y 387.

95. Dice la sentencia nº 172 de 16-VI-1902: "todos los actos en que se desenvuelve la testamentifacción son personalísimos por su naturaleza, y de acuerdo con este principio establece el 670 que no puede dejarse la formación del testamento, en todo ni en parte... al arbitrio de un tercero" Colección Legislativa, tomo 93, pág. 990.
96. Dice la sentencia nº 169 de 12-XII-1906: "es un hecho que al ejecutar los albaceas la voluntad del testador consignada en el testamento... estimaron que, según la misma, no era tal heredero Don..., estimación fundada, no en facultad alguna especial que para ello - confiriese el testador a los albaceas, sino en aquella propia voluntad, interpretada como ha de interpretarse cualquier testamento para su cumplimiento". Colección Legislativa tomo XXIII, vol. III, pág. 969.
97. Así lo reconoce la sentencia nº 40 de 5-II-1908. Colección Legislativa, tomo XXVIII, vol. I. pág. 303.
98. "El contador sólo está autorizado para dividir los bienes de la herencia, pero no para alterar los derechos que se derivan del testamento, que es la ley primordial en materia de sucesión testamentaria". Sentencia nº 18, de 8-III-1954, en Colección Legislativa, tomo XLVI, pág. 156.
99. El contador-partidor tiene autonomía para apoyarse en elementos extrínsecos del testamento para interpretar lo - dice Vallet de Goyrisolo - "dada la necesidad de resolver las dudas y la confianza depositadas en ellos por el testador... con tal de que sea observado este límite: La duda debe estar planteada y no resuelta por el tenor del testamento, sin haberse podido resolver - tampoco intrínsecamente por medios lógicos, sistemáti-

cos ni teleológicos. Si la duda puede resolverse intrínsecamente no cabe acudir a complementarla extrínsecamente sin infringir el artículo 675, y si la duda no se ha planteado en el tenor del testamento tampoco puede resolverse extrínsecamente sin infringir los artículos 670 y 687 C.c., que determinan el carácter personalísimo y el carácter formal del testamento. El contador-partidor no puede integrar el testamento resolviendo las dudas que plantee no su tenor, sino su falta de previsión. Puede resolver, en cambio, las dudas dimanantes de aquellas cuestiones planteadas por el mismo tenor del testamento, pero que éste deja sin resolver, bien sea por contradicción interna o por oscuridad en la expresión". VALLET DE GOYTISOLO, Juan: Facultades de los contadores-partidores para interpretar el testamento, op. cit. pág. 243 y 244.

100. Dice la sentencia nº 48 de 11 II-1952: "la voluntad - del testador es ley de su sucesión, solo en cuanto se mantenga dentro de los límites materiales y formales - permitidos por el ordenamiento jurídico". Colección Legislativa, tomo XXXVII, pág. 515.
101. SANCHEZ ROMAN, Felipe: Estudios de derecho civil. Tomo VI, volumen III (Estudiotipográfico "Sucesores de Rivadeneyra, 2ª edición, Madrid, 1910, pág. 1998.
102. MANRESA: op. cit. pág. 645.
103. ARMERO: op. cit. pág. 491.
104. PEREZ, Blas y ALGUER, José: op. cit. pág. 41.
105. Idem: pág. 277. En el ámbito de la legislación alemana Kipp admite la posibilidad de que el testador autorice a su ejecutor testamentario, la elaboración de un proyecto divisionario según su arbitrio de equidad: "El - testador puede determinar que la partición se realice según el arbitrio de equidad de un tercero (2048 prop. 2). En este caso, el tercero determina el plan particiou

nal, sin tener que sujetarse a las reglas legales de división... Sin embargo, la determinación del plan no obliga cuando es notoriamente injusta, es decir, de manera ostensible y a simple vista (2043 prop. 3)". "Es posible que el testador haya conferido al ejecutor testamentario (de manera expresa o que se derive de la interpretación del sentido) la facultad de llevar a cabo la partición según arbitrio de equidad (2048). En este caso, no está obligado a las reglas legales de la división, pero su plan particional no es obligatorio si es abiertamente injusto, en cuyo caso un coheredero puede accionar para que judicialmente se proceda a otra partición, aunque el tercero facultado para verificarla sea, al mismo tiempo, ejecutor testamentario. La ejecución del plan particional establecido judicialmente sigue correspondiendo al ejecutor testamentario". KIPP, Theodor: Derecho de sucesiones, tomo V, volumen II, traducción española con anotaciones de Blas Pérez Y José Alguer (Bosch, Casa Editorial, 1951, Barcelona) pág. 31, 32 y 36. En el ámbito de la legislación italiana, la imposibilidad de formular una división según libre arbitrio, se aproxima a la doctrina española. Dice Messineo: "atendido el principio que se contiene en el primer apartado del art. 631... el poder de la persona designada no puede extenderse a la determinación de las cuotas hereditarias (abstractas); el cual es cometido insustituible del testador; o bien es posible que no sean determinadas por el testador, y, en tal caso, deberán considerarse iguales. Por tanto la obra de la persona no puede manifestarse más que supuesta la igualdad de las cuotas. De todos modos, en el poder de la persona -aunque sea limitada- uno, puede inclinarse a ver una derogación al carácter personalísimo... del testamento". MESSINEO, op. cit. pág. 394. Respecto a las últimas líneas de la cita, De Martino, adopta una posición, un tanto liberal: Hay un paralelismo entre la división realizada por el difunto y el ejecutor ya que el difunto previene el resultado de la división entre los here

deros de sus bienes que no ha podido o querido efectuar durante su vida; el ejecutor no sólo tiene las facultades de estimar las rentas hereditarias y de formar las porciones singulares, sino que tiene también la facultad, en concreto, de atribuir porciones singulares a cada uno de los herederos, según su criterio discrecional. Si su tarea se agota solamente en estimar rentas, la voluntad del difunto no sería actuada. DE MARTINO: op. cit. pág. 567.

106. La falta de aceptación de la herencia no impide la inscripción de la partición - dice la resolución nº 36 de 22-I-1898 - porque este hecho, según ha declarado este Centro en Resoluciones de 7-I-1875, 25-VIII-1897 y 5-X-1880, constituye jurídicamente una condición suspensiva de la transmisión del dominio, cuyo cumplimiento se retrotrae a la fecha en que se verificó la transmisión; y con arreglo a los principios fundamentales sobre inscripción y a lo dispuesto en el artículo 16 de la L.H., son inscribibles los títulos traslativos de dominio sujetos a condiciones suspensivas". Colección Legislativa, tomo I, vol. I, pág. 155. En el mismo sentido, se expresa la resolución nº 49 de 12-XII-1927: "la adjudicación hecha a la heredera en la escritura particional...pende, como todas las - otras, de la aceptación que en principio se presume y 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". Colección Legislativa tomo 179, pág. 349. Igual la resolución nº 155 de 19-VI-1929 en Colección Legislativa, tomo 189, vol. III, pág. 973 y la resolución nº 25 de 6-III-1930 en Colección Legislativa, tomo CXI, vol. II, pág. 127. Esta última dijo que la inscripción del acto unilateral del contador-partidor "es posible al amparo del - llamado principio del consentimiento formal, o por estimar que la aceptación de la herencia es una conditio juris, es decir, un requisito que no se refiere a la perfección del acto jurídico, sino a su efectividad y desenvolvimiento".

107. Dice la resolución nº 178 de 26-IX-1904: "sólo a los interesados cumple suscitar cuestión acerca de la validez de los testamentos, sin que sea lícito a los funcionarios públicos poner en tela de juicio tal validez, más que en caso de haberse cometido un delito de falsedad, estafa, falso testimonio u otros de los que dan lugar al procedimiento de oficio". "Por regla general no puede decirse a priori que éste (el testamento) es nulo, ya que aún de existir defectos que entrañan la nulidad, pueden perder tal virtualidad si los interesados aceptan el testamento o convienen en respetarlo cual si lo adornan todos los requisitos legales". Colección Legislativa, tomo 98, vol. II, pág. 1022 y 1023.
108. Mientras no se justifique un perjuicio y se declare judicialmente - dice la resolución nº 36 de 22-I-1898- "o lo que es lo mismo, mientras la partición no se rescinda por esta causa o por otra, no puede menos de estimarse subsistente". Colección Legislativa, tomo I, vol. I, pág. 154. En el mismo sentido se pronuncian las siguientes resoluciones: nº 103 de 12-XII-1912 en C.L., tomo XLIII, vol. III, pág. 650; nº 54 de 29-IV-1913 en C.L., tomo XLV, vol. II, pág. 352; nº 93 de 23-VII, 1925 en C.L., tomo LXXXV, vol. III, pág. 587; nº 49 de 12-XII-1927 en C.L., tomo 179 pág. 349, y nº 145 de 11-XII-1929 en C.L., tomo 191, vol. 50, pág. 769.
109. Albaladejo utiliza la frase "riesgos innecesarios de arbitrariedad o preferencias", refiriéndose al art. 1.061 C.c. al cual, el contador-partidor debe ajustarse para evitar aquellos. ALBALADEJO: Derecho de sucesiones, tomo V, volumen I, op. cit. pág. 342.
110. Para Roca Sastre, el artículo 831, C.c. es una excepción del artículo 1.057 del mismo Código. Véase ROCA SASTRE: Derecho hipotecario, tomo II: op. cit. pág. 27. Igualmente, Seco Caro erige el artículo 831 en una norma excepcional que subsiste juntamente con -

otras que aparentemente contradice. Dice este autor "frente a los artículos 1.056 y 1.057 supone (el artículo 831) que otra persona, un coheredero, tenga atribuida la facultad de disponer la división del -caudal relicto. El causante puede encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su -muerte la facultad de hacer la partición. El artículo 831 autoriza que el comisario (cónyuge viudo) reciba algo más que la simple facultad de hacer la -partición. La comisión se le atribuye por acto inter vivos ya que el convenio se ha de constar en las capitulaciones matrimoniales. De lo expuesto resulta claro el carácter excepcional del artículo 831". SECO CARO, Enrique: Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo (estudio sobre el artículo 831 C.c. español) (Bosch, Casa editorial, 1960, Barcelona) Pág. 119.

111. "En el caso que estudiamos - dice Seco Caro - no hay testamento y no puede en consecuencia el cónyuge viudo ser considerado executor testamentario". SECO CARO: op. cit. pág. 100.
112. El Derecho español le da al testador: - dice la sentencia nº 78 de 6-III-1945- "mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés, sin duda para facilitar el logro de las finalidades prácticas de aquella, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (admitiendo que todo testador, tengo o no herederos forzosos), pueda hacer la partición de sus bienes e incluso que pueda ejercitarse -ese derecho, en algunos casos por vía de delegación, según resulta del artículo 831), como en lo que se -refiere al contenido (otorgando al testador una amplia libertad no sólo en la composición cualitativa de los lotes permitida por el artículo 1.056, apartado segundo sin sujeción a lo que disponen los artículos 1.061 y 1.062, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la

cuarta parte)/. Colección Legislativa, 1945, pág. - 702.

113. SECC CARO: op. cit. pág. 156.

114. "En la distribución y facultad de mejorar...-dice - Manresa-, hay, por lo menos, una cosa de más: la facultad de hacer mejorar, y aún puede sostenerse que la distribución comprende también algo más que la - simple partición: la designación de porciones a los herederos legales". MANRESA: op. cit. pág. 645.

115. "El cónyuge viudo no debe nombrar heredero a persona distinta de aquellas a quienes la Ley atribuye - tal carácter en la sucesión legítima". SECC CARO: op. cit. pág. 120. La sentencia nº 172 de 16-VI-1902 dice: "todos los actos en que se desenvuelve la testamentifacción son personalísimos por su naturaleza, y de acuerdo con este principio establece el 670 que no puede dejarse de la formación del testamento, en todo ni en parte... al arbitrio de un tercero". Colección Legislativa, tomo XI, vol. I, pág. 990.

116. Dice la sentencia nº 77 de 5-X-1887: "No infringe el principio pacta sunt servanda, la ley 1ª, tit. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, ni la doctrina de que lo estipulado es ley para los contratantes, la - sentencia denegatoria de la nulidad de un testamento pedida en el concepto de que su otorgante faltó en él a lo convenido en sus capitulaciones matrimoniales, cuando lo dispuesto en estas respecto de la sucesión en los bienes que garanten los contratantes, perdió su eficacia por el testamento posterior, de cuya libre ordenación no pudieron quedar privados en aquél - contrato, sino en cuanto a los bienes que por el recibieron". Repertorio doctrinal y legal de la jurisprudencia civil española, tomo I, op. cit. pág. 570. Por su parte Seco Caro afirma: "Si quien pactó en sus capitulaciones la delegación a que se refiere el artículo 831 hace testamento, atribuye a sus hijos diver

sas cuotas, realiza la partición de sus bienes, o la encomienda a un tercero señalándole el modo de hacerla, indudablemente anula el poder que su consorte había adquirido para el caso de morir intestado. Supuesto que el cónyuge viudo se encuentra investido del poder de distribuir y mejorar, es notorio que al formalizarse la partición de las cuotas de sus hijos corresponderán a la división que él haya considerado conveniente hacer". "Si hizo testamento el cónyuge premuerto o si dispuso la partición de sus bienes de alguna forma determinada, revoca la autorización que concedió en los pactos matrimoniales" SECO CARO: op. cit. págs. 122, 145, 146 y 207.

117. El artículo 831 - dice Seco Caro- nos parece que reconoce un pacto sucesorio... que se refiere a la herencia de uno (o de cualquiera) de los contratantes y que no otorga un derecho a la herencia sino un poder para distribuir" Idem: pág. 161.
118. Véase las sentencias nº 335 bis de 13-VI-1970 en Colección Legislativa, Junio 1970, pág. 283 y nº 59 de 8-II-1974 en Colección Legislativa, Febrero 1974, pág. 132.
119. La sentencia nº 172 de 16-VI-1902 alude expresamente al número de los partícipes" como circunstancia inflyente en la formación de los lotes para la adjudicación de los bienes de la herencia. Colección Legislativa, tomo XI, vol. I, pág. 991.
120. Un heredero puede solicitar la venta de un bien de la herencia (artículo 1.062 párrafo segundo), cuando se le incluya en su cuota hereditaria y se encuentre imposibilitado económicamente, para entregar a los coherederos, el suplemento en metálico.
121. Un coheredero puede presionar al contador-partidor, para que no le incluya en su cuota, una finca rural, - partiendo de que ejerce una profesión, que le impide

estarse desplazando al campo, por el contrario, un heredero dedicado a la agricultura, puede presionar al contador-partidor, para que no le incluya en su lote, un piso en la ciudad, etc. La sentencia nº - 262 de 25-VI-1977, aprueba la adjudicación a uno de los herederos de "la totalidad del metálico y créditos existentes en la herencia por ser quien en su calidad de administrador tenía en su poder la documentación correspondiente". Colección Legislativa, mayor-junio, 1977, pág. 769.

122. La sentencia nº 108 de 4-VII-1895 justificó una adjudicación de un bien a un solo heredero, no solamente por la indivisibilidad del mismo, sino también por la desarmonía existente entre los partícipes. Esta enemistad fue tan determinante en la adjudicación - como la indivisibilidad del bien. Colección Legislativa, vol. II, págs. 521 y 522.
123. Así se expresa la sentencia nº 172 de 16-VI-1902 cuando dice que la formación de lotes depende "de la naturaleza, calidad y valor de los bienes, de su posible división, etc. Colección Legislativa, tomo XI, vol. I, pág. 990.
124. A pesar de la divisibilidad de una casa, la sentencia nº 75 de 14-VI-1895, aprobó su adjudicación indivisible, no solamente porque su división ocasionaba gastos considerables a los herederos, sino porque "las dos casas resultantes quedarían en malas condiciones de solidez y los productos de ellas menores de los que hoy obtienen sus condueños, y, por lo tanto, menor su valor". Colección Legislativa, vol. II, pág. 342 y 343.
125. Véase la sentencia nº 38 de 30-I-1951 en Colección - Legislativa tomo XXXIII, pág. 381.
126. Dice la sentencia nº 493 de 7-XII-1974: "lo que éste precepto dice es que "se ha de guardar la posible -- igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos (en este caso socios) cosas de la mis

ma naturaleza, calidad o especie", es decir, que esta exigencia relativa a las cosas que se adjudican se refiere no a que todos tengan que participar de los mismos objetos, sino que lo que se entregue a cada uno deberá reunir aquellas condiciones". Colección Legislativa, noviembre-diciembre, 1974, pág. 569

127. Véase ALBALADEJO: Derecho civil, tomo V: op. cit. - pág. 342.
128. La sentencia nº 172 de 16-VI-1902 resolvió que la autoridad judicial no puede imponer una determinada composición de lotes de bienes de la herencia, para llenar la cuota hereditaria de los partícipes. Si no puede hacerlo la autoridad judicial, menos posibilidad de influencia, en esa conformación, tienen los herederos, en la división que el contador-partidor decida en solitario. Véase Colección Legislativa, tomo 93, págs. 990 y 991.
129. Una división resulta inatacable, en la medida que alcanza la igualdad perfecta. Véase la sentencia nº 180 de 24-IV-1897, en Repertorio doctrinal y legal de la jurisprudencia civil española, tomo III: op. cit. pág. 300.
130. Una igualdad matemática o absoluta, solamente se realiza circunstancialmente y cuando es posible. Véase la sentencia nº 38 de 30-I-1951 en Colección Legislativa, tomo XXXIII, pág. 381.
131. La jurisprudencia hace constante referencia a la "igualdad posible" o "posible igualdad", lo que significa la posibilidad de realizarla. Véase las sentencias nº 108 de 4-VII-1895 en Colección Legislativa, vol. II, págs. 521 y 522 ; la nº 38 de 30-I-1951, en Colección Legislativa, tomo XXXIII, pág. 381; la nº 108 de 14-XII-1957 en Colección Legislativa, tomo LXIII, pág. 1267; la nº 335 bis de 13-VI-1970 en Colección Legislativa, junio 1970, pág. 282; la nº 59, de 8-II-1974 en Colección -

Legislativa, febrero 1974, pág. 132, y la nº 493 de 7-XII-1974 en Colección Legislativa, noviembre-diciembre 1974, pág. 569.

132. En forma reiterada la jurisprudencia le atribuye al artículo 1.061, un carácter facultativo u orientativo antes que imperativo. Véase las sentencias nº 172 de 16-VI-1902 en C.L., tomo XI, vol.I, pág. 990; la nº 335 bis de 13-VI-1970, en C.L., junio - 1970, pág. 283, la nº 59 de 8-II-1970 en C.L. febrero 1974, pág. 132, y la nº 262 de 25-VI-1977 en C.L. mayo-junio 1977, pág. 769.
133. Dice la sentencia nº 481, de 30-XI-1974 refiriéndose al artículo 1.061: "dicho artículo tiene carácter orientador y facultativo y no imperativo, su aplicación está ligada y obligada a conjugarlo con las circunstancias en cada caso". "Cualquiera que sea, la distribución y adjudicación de bienes, ha de prevalecer sobre lo meramente orientativo de dicho precepto" C.L., noviembre-diciembre, 1974, pág. 479.
134. LACRUZ-SANCHO, op. cit. pág. 240.
135. ROCA SASTRE: Derecho hipotecario, tomo II, op. cit. pág. 636.
136. PEREZ Y ALGUER, op. cit. pág. 41 y MONDERO GIL, Francisco: Partición hecha por el contador-partidor /Rev. Pretor nº 66. Noviembre-diciembre, 1971) Pág. 25.
137. ALBALADEJO: Derecho civil, tomo V: op. cit. pág. 374.
138. MAZEAUD, op. cit. pág. 219.
140. La sentencia nº 335 bis de 13-VI-1970 estimó válida una división de herencia, pese a no alcanzar la debida igualdad, por las dificultades que presentaron los bienes para ser divididos. Dice la mencionada sentencia: "habida cuenta... de las dificultades prácticas

que se presentaban en la división y adjudicación de los bienes relictos, el cuaderno particional del contador diremente, debe ser respetado y mantenido como válido". Colección Legislativa, junio 1970, pág. 283.

140. Dice Mazeaud: "La igualdad en valor debe ser respetada, al menos en amplia medida... Por lo demás, resulta fácil establecer una igualdad en valor... no solamente se exige la igualdad en valor, sino la igualdad en especie". MAZEAUD, op. cit. pág. 134.
141. Dice la sentencia nº 108 de 14-XII-1957: "la partición ha de ser presidida por un criterio de estricta igualdad... a fin de que los coherederos, por un lado, reciban cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie, y, por otro, queden gravados con igualdad daño, peligro, o incertidumbre en las deudas". Colección Legislativa, tomo LXIII, pág. 1267.
142. Véase MAZEAUD: op. cit. pág. 134.
143. Véase la resolución nº 10 de 10-I-1903 en Colección Legislativa, tomo XIII, vol. I, págs. 52 y 53.
144. Colección Legislativa, volumes II, págs. 342 y 343.
145. POLACCO: op. cit. pág. 299.
146. ALBALADEJO: Derecho civil, op. cit. pág. 344.
147. Colección Legislativa, tomo XIII, vol. I, pág. 52.
148. ALBALADEJO: Derecho civil, op. cit. pág. 343.
149. Idem.
150. VALVERDE: op. cit. pág. 592.

151. Véase la sentencia nº 158 de 13-VI-1901 en Repertorio doctrinal y legal de la jurisprudencia civil española tomo IV, op. cit. pág. 915 y la resolución nº 88 de 30-VI-1910 en Colección Legislativa tomo XXXVI, vol. II, pág. 543.
152. Véase BORRELL, op. cit. pág. 469, CAMINERO, op. cit. pág. 264; LACAL, op. cit. pág. 296; ESCOBAR DE LA RIVA op. cit. pág. 391; PUIG BRUTAU: op. cit. págs. 547 y 548 ROCA SASTRE: Derecho hipotecario, tomo II: op. cit. pág. 628; GONZALEZ PALOMINO: La adjudicación para pago de deudas, op. cit. pág. 214, GOMEZ MORAN: El ejecutor testamentario en el derecho comparado, op. cit. págs. 306 y 307 y MANRESA, op. cit. pág. 656.
153. SANTAMARIA, J.: Comentarios al Código civil, I (Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, Madrid) página 982.
154. Véase GULLON BALLESTEROS, A.: La disolución de la comu
nidad de bienes en la Jurisprudencia (separata del --
Anuario de Derecho civil, Madrid, 1965, pág. 366.
155. LACAL: Aportación al estudio de la adjudicación de bie
nes inmuebles de una herencia para pago de daudas: op.
cit. pág. 294.
156. Colección Legislativa, tomo XXXVI, vol. II, pág. 687.
157. ROCA SASTRE: Derecho hipotecario, tomo II, op. cit.-
pág. 630.
158. Repertorio doctrinal y legal de la jurisprudencia ci-
vil española, tomo IV, op. cit. págs. 15 y 16.
159. ALBALADEJO, Manuel: la responsabilidad de los herederos
por deudas del causante, antes de la partición (Anuario
de Derecho civil, 1967, Madrid) pág. 513.

160. Véase la resolución nº 87 de 24-XI-1898 en Colección Legislativa, tomo 85, pág. 382.
161. Véase las resoluciones nº 109 de 23-VII-1910 en Colección Legislativa, tomo XXXVI, vol. II, pág. 687 y nº 60 de 22-IX-1932, en Colección Legislativa, tomo 205, vol. 4. págs. 421 y 422.
162. Véase ROCA SASTRE, op. cit. pág. 630; SAENZ DE SANTA MARIA, Ignacio: Notas sobre los albaceas y contadores partidores (separata del Anuario de Derecho Civil, 1953, Madrid), pág. 51; ARMERO: op. cit. págs. 491 y 492 y PUIG BRUTAU: op. cit. pág. 547 y 548.
163. "El artículo 1.084 - dice la sentencia nº 9 de 9-I-1901- no subordina el ejercicio de la acción al hecho de que la herencia se haya dividido, sino que consagrando el principio de que cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias, faculta al acreedor para reclamar la deuda por entero de cualquiera de los herederos puros y concede al demandado el derecho a que sus coherederos sean citados y emplazados, a menos de estar el mismo, designado por el testador, o por la partición para pagar las deudas hereditarias". Colección Legislativa, tomo 91, vol. I, pág. 37. Véase también en el mismo sentido la sentencia nº 101 de 3-IV-1903 en Colección Legislativa, tomo XIII, vol. I, pág. 573.
164. Véase la sentencia nº 5 de 4-VII-1906 en Colección Legislativa, tomo XXIII, vol. III, pág. 42.
165. LACAL: op. cit. pág. 294.
166. Véase CAMINERO, op. cit. pág. 264.
167. Colección Legislativa tomo XV, pág. 397.
168. Dice la resolución nº 87 de 14-VI-1922 "el adjudicataria

rio aparece revestido de facultades y derechos exclusivos, y que ejerce en propio nombre, aunque por deber atender al interés ajeno y por encontrarse en cierto modo privado del goce de los bienes adjudicados, más sea un propietario formal, legalmente autorizado para disponer de los mismos que un dueño material que los disfrute económicamente. Considerando -- que tales conceptos se deriva, ante todo, una posición exterior de titularidad real, frente a terceros, que permite al adjudicatario la enajenación independiente y reglamentada de los inmuebles bajo la protección de los artículos 20 y 34 de la Ley Hipotecaria, mientras que interiormente las relaciones jurídicas de adjudicante y adjudicatario se aproximan a la Comisión y al Mandato buscan su punto de apoyo en el acto inicial y se desenvuelven dentro de cauces -- ajenos al derecho hipotecario. Considerando que como conclusión de principios apuntados cabe admitir que al adjudicar una masa de bienes para pago de deudas contraídas y formalmente determinadas, se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición que ya absorberá todas las facultades del adjudicante a la par que se encarga de cumplir sus obligaciones, ya limitará expresa o tácitamente sus facultades, pero siempre caracterizadas por su finalidad fiduciaria, o sea por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza". Colección Legislativa, tomo LXXIV, vol. II, pág. 558. La sentencia nº 45 de 23-V-1935 dice lo siguiente: "la figura creada por las adjudicaciones para pago de deudas, es muy compleja, pero en síntesis cabe afirmar que por ella se constituye un patrimonio -- especial, dotado de órganos de disposición y caracterizada por su finalidad fiduciaria, o sea, por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza". Colección Legislativa, tomo 219, vol. III, pág. 169. La resolución nº 67 de 26-XII-1946, quizás más depurada que las mencionadas, dice: "Tales adjudicaciones deben situarse entre los negocios fiduciarios y constituye su característica fundamental la de comprender dos ac

tos jurídicos entrelazados íntimamente: uno, de disposición, por el cual los herederos (fiduciantes) - transmiten el dominio de alguno o de todos los bienes de la herencia a favor de un coheredero o un extraño (fiduciario), a quien deviene propietario de los mismos, y otro, obligacional, en virtud del cual el adjudicatario asume la obligación de pagar todas o determinadas deudas de la herencia". El nacimiento del fiduciario " a la vida jurídica en las adjudicaciones para pago es con el fin primordial de satisfacer las deudas y, en consecuencia, se halla legitimado para verificar actos dispositivos con plena validez y eficacia". Colección Legislativa, tomo XVI pág. 907 y 908.

169. Como ejemplo tenemos la resolución nº 194, de 24-VI-1902 que dice: Las adjudicaciones hechas a un acreedor constituyen un acto especial de enajenación de bienes y las hechas a un heredero, constituyen un acto de partición, "puesto que los bienes adjudicados se reparten entre los herederos, si bien con la obligación de pagar las deudas". Colección Legislativa, tomo 93, vol. I, pág. 1092. En el mismo sentido se pronuncian las siguientes resoluciones: nº 56 de 30-IX-1905 en Colección Legislativa, tomo XX, vol. III, pág. 284; nº 156 de 18-VIII-1909 en Colección Legislativa, tomo XXXIII, pág. 809; nº 48 de 22-I-1916 en Colección Legislativa, tomo 135, pág. 224, y nº 40 de 9-II-1921, en Colección Legislativa, tomo 152, pág. 299. Entre los doctrinistas se encuentran MANRESA: op. cit. pág. 657; ROCA SASTRE: Derecho hipotecario, tomo II, op. cit. pág. 628 y siguientes; GOMEZ MORAN: El executor testamentario: op. cit. pág. 306 y 307 y ALBALADEJO, quien se expresa así: "Para el pago de las deudas de la herencia el contador puede hacer adjudicaciones de bienes del difunto en favor de los instituidos, pero no de extraños". ALBALADEJO: Derecho civil, tomo V: op. cit. pág. 345.
170. Así lo decidió la resolución nº 135 de 22-VII-1912 en

contra de la nota nº 1 del Registrador que dijo que no se inscribía el documento, "porque dicho documento no es de partición de bienes hereditarios, sino de adjudicación en pago de aportaciones hechas a la sociedad conyugal, como consecuencia de la liquidación, y siendo la adjudicación en pago a modo de venta y, por tanto, acto de enajenación". Colección tomo XLII, vol. II, pág. 993, 994 y 995.

171. Dice la resolución nº 55 de 6-XI-1912, "la adjudicación hecha a favor de xxx de las casas de la calle xxx... lo fué para satisfacer a la misma las cantidades que había adelantado a sus hijos a cuenta de sus legítimas, por lo que debe reputarse como acto propio de partición". Colección Legislativa, tomo XLII, vol. III, pág. 258.
172. Dice dicha resolución: la adjudicación de bienes inmuebles para pago de deudas es un acto de partición de herencia "regido por reglas especiales y no por las establecidas en general para la enajenación de bienes, toda vez que se han hecho por el contador partidor a favor del viudo de la testadora, nombrado por ella heredero forzoso que le atribuye el artículo 308 del Código civil". Colección Legislativa, tomo XLV, vol. II, pág. 352, Véase también la resolución nº 102 de 6-III-1923 en C.L., tomo LXXVI, vol. I, pág. 538.
173. C.L., tomo 145, pág. 58.
174. "La partición hecha por el contador, en virtud de las facultades que le confirió el testador, no es materia de contrato, porque conforme queda establecida, no se requiere para su validez el consentimiento de los interesados" dice la resolución nº 35 de 22-I-1898 en Colección Legislativa, tomo I, vol. I, pág. 156. En el mismo sentido se expresan las siguientes resoluciones nº 58, de 11-IX-1907 en C.L., tomo XXVI, vol. III, pág. 329; nº 33 de 29-I-1908 en C.L., tomo XXVII, vol. I,

pág. 246 ; nº 32 de 9-III-1927, en C.L., tomo XCII, - vol. II, pág. 141, y nº 71 de 28-IV-1945 en C.L., tomo X, pág. 669.

175. "La división hecha por el comisario equivalía y es equiparable a la realizada por el propio testador", dice la sentencia nº 580 de 17-VI-1963, en C.L., tomo 120, pág. 402. En el sentido dicho se pronuncian las dos siguientes sentencias: La nº 394 de 25-IV-1963 en C.L., tomo 118, págs. 543 y 544 y la nº 401 de 23-XII-1976 en C.L. Nov.-Dic. 1976, págs. 843 y 844.
176. Véase las sentencias nº 18 de 17-V-1910 en C.L. tomo XXXVI, vol. II, pág. 163, y la nº 21 de 10-I-1934, en C.L., tomo CXXX, vol. I, pág. 178, y las resoluciones nº 54, de 29-IV-1913 en C.L., tomo XLV, vol. II, pág. 352 y la nº 49, de 12-XII-1927 en C.L., tomo 179, pág. 349.
177. Dice la resolución nº 101 de 15-VII-1943, "en el caso discutido, la concurrencia de los herederos, las manifestaciones que consignan e incluso los acuerdos adoptados, introducen la confusión en el cuaderno participacional y mezclan operaciones divisorias de tipo contractual, con las declaraciones distributivas del representante del testador; prosigue la misma resolución: "Si bien con una interpretación benévola podría reputarse que la entrega del cuaderno a los herederos para que presten su beneplácito no desvirtúa la naturaleza unilateral y privilegiada del acto cuando los momentos jurídicos aparezcan bien diferenciados y tengan por directa finalidad aceptar la herencia y cumplir del mejor modo la voluntad del testador, es lo cierto que la lectura de las bases del cuaderno pone de relieve que los acuerdos adoptados no se limitan a la formación del inventario, porque la 4ª y la 6ª formulan declaraciones sobre colación y adjudicación de bienes, - operaciones propiamente de liquidación y partición, y con ello aparece infringido el poder dispositivo de los

comisarios, y, en definitiva, alterada la naturaleza jurídica de la partición, cuya eficacia, impugnación, modificación o rescisión quedan pendientes de preceptos contradictorios". C.L. tomo III, pág. 821. En el mismo sentido, se pronuncian las siguientes resoluciones: nº 32, de 9-III-1927, en C.L., tomo ACII vol. II, pág. 141, Nº 25 de 6-III-1930 en C.L., tomo CXI, vol. II, pág. 128, y la nº 71 de 28-IV-1945, en C.L. tomo X, pág. 669.

178. Dice la resolución nº 46 de 25-III-1952: "En la comparecencia y estipulaciones de la escritura que se trata de determinar con la posible precisión la actuación de cada uno de los otorgantes, referida a los actos en que intervinieron, aunque la adjudicación de los bienes se hizo conjuntamente, y que, si bien es cierto que los representantes de las herederas prestaron "su más cumplido beneplácito" a la partición y aceptaron la herencia de la madre en nombre de aquellas, tal ratificación general puede estimarse hecha con el carácter de una cláusula de estilo y no modifica la naturaleza del acto particional, porque del documento resulta clara e indubitada la actuación unilateral del contador". C.L., tomo XXXVIII, pág. 531 y 532.
179. En una escritura de partición se confundían las funciones del contador-partidor con las declaraciones de los interesados, por lo que la resolución nº 138, de 30-VI-1914, dijo: "que tales operaciones deben estimarse como efectuadas por los propios interesados y comprendidas, consiguientemente, en las disposiciones de los artículos 1.058, y 1.060 del Código Civil y no en el citado 1.057". C.L., tomo XLVIII, vol. II, pág. 853 y 854. Expresa lo mismo, la resolución nº 48 de 22-I-1916, en C.L., tomo 135, pág. 224.
180. Dice la resolución nº 74 de 27-II-1922: "Considerando que... la mencionada escritura no puede reputarse como un instrumento autorizante de operaciones testamenu

tarias ejecutadas por el Contador-partidor, con todos los efectos y alcance a las de su clase les -- atribuye el artículo 1.057, cuya fuerza y vigor emana solamente de las disposiciones legales que expresamente las autorizan; sino que tal escritura ha de estimarse comprendida entre las que prevé el artículo 1.058, y, por tanto, sujeta a los principios generales del régimen contractual, y para que tuviera validez y eficacia los variados pactos que contiene aquella para todos los interesados en la herencia -- era indispensable que hubieran concurrido a la misma todos los instituidos, según el artículo 1.058 ... en concordancia con los artículos 1.091, 1.254 y 1.2559, del Código civil". C.L. tomo LXXIII, vol. I, págs. 389 y 390.

181. Dice la sentencia nº 120 de 6-XI-1934: "la simple -- aprobación judicial de una partición, hecha de común acuerdo por los interesados, no varía su naturaleza de verdadero contrato, ni aún cuando esa aprobación tenga lugar dentro del juicio de testamentaria". C.L. tomo 215, vol. 4º, pág. 492.
182. Colección Legislativa, tomo LIII, pág. 1.250.
183. Dice la sentencia nº 4 de 2-XI-1957: "la partición -- practicada por Comisario... es válida como acto unilateral, sin necesidad de que los herederos la aprueben con su consentimiento, porque el Código civil no exige tal requisito, y debe ser aplicable lo dispuesto en el artículo 1.056 respecto a la partición que haga el testador, mientras cuando los interesados en una herencia realizan la partición por sí, o puestos al efecto de acuerdo, encomiendan su práctica a persona distinta, tiene naturaleza contractual, determinándose entonces su existencia y validez por el consentimiento de los contratados, según exige el artículo 1.261" C.L., tomo LXIII, pág. 48.
184. Dice la sentencia nº 4 de 2-XI-1957: "carente nues-

tro Código civil de todo precepto general relativo a la nulidad de las particiones, son aplicables a la materia los principios generales del Derecho sobre invalidez de los negocios jurídicos, pudiendo también aplicarse a la partición la distinción fundamental entre los actos inexistentes y nulos, admitiendo particiones radicalmente nulas (artículos 1.261 y 4º Código civil) asignados por la falta de consentimiento de las personas que deben prestarlo, cuando tenga carácter contractual, el defecto de objeto, la ausencia o ilicitud de la causa, o la violación de una prescripción o prohibición legal fundada sobre motivos de orden público, y particiones anulables, a las que serán de aplicación por analogía los artículos 1.314 del Código civil, teniendo por causa cualquiera de las derivadas principalmente de los artículos 1.262 a 1.270" C.L. tomo LXIII, pág. 48. En igual sentido, se expresan las siguientes sentencias: nº 238 de 29-III-1958, en C.L., tomo LXVII, págs. 1011 y 1012; nº 563 de 13-X-1960, en C.L., tomo XCII, pág. 235; nº 134 de 25-II-1966 en C.L., tomo febrero, 1966, pág. 942 y 943; nº 473 de 26-XI-1964, en C.L., tomo Nov.dic.1974, pág. 405 y 406 y nº 3 de 7-I-1975 en C.L., tomo Ene-Feb. 1975, pág. 45 y 46.

185. SANCHEZ ROMAN, op. cit. pág. 2113.
186. VALVERDE: op. cit. pág. 604.
187. BORREL: op. cit. pág. 498 y siguientes.
188. CASTAN: Derecho civil español. op. cit. pág. 322 y 323.
189. DE BUEN, Demófilo: Anotaciones de Derecho español a la traducción española de Colin y Capitant, Curso elemental de Derecho civil, tomo VIII (Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957) pág. 706.

190. ALBALADEJO: Derecho civil, op. cit. pág. 386.
191. SANEZ DE SANTA MARIA, op. cit. pág. 37.
192. HERNANDEZ GIL, op. cit. pág. 527.
193. Véase BETTI, Emilio: Teoría general del Negocio Jurídico (Editorial Revista de Derecho Privado, segunda edición, Madrid, 1959) pág. 64, 86, 168, 176 y sgtes. 353, 445 y sigte.
194. De acuerdo con la doctrina, pese a ser participes en la herencia, pueden partir la misma como contadores-partidores, sin que por ello la misma sea inválida: los legatarios (VALVERDE: op. cit. pág. 581), los legatarios de cosa específica (ESCOBAR DE LA RIBA: op. cit. pág. 392; ROCA SASTRE: Derecho hipotecario: op. cit. pág. 627; SANZ DE SANTA MARIA: op. cit. págs. 37 38 y 39; ARMERO: op. cit. pág. 506; PUIG PERRIOL, Luis El albaceazgo (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1967) pág. 178 y HERNANDEZ GIL: op. cit. pág. 530 y 531. Albaladejo hace un estudio exhaustivo sobre quiénes pueden o no desempeñar el cargo de contadores-partidores. Para dicho autor es válida la partición que haga: 1. El ascendiente común de los herederos, aún siendo legatario de parte alícuota: "el Código no veda expresamente al legatario de parte alícuota que sea contador, y que si se le considera alcanzado por ella lo es en la medida en que se tema que pueda perjudicar a los herederos, y que, según revela la Compilación, se ha entendido que se estima fuera de ese riesgo el caso de que el legatario en cuestión sea ascendiente de todos los coherederos. Entonces, más que aplicar al Código una excepción dictada para Cataluña, lo que se haría es aplicar literalmente el Código en un caso (legatario de parte alícuota ascendiente) en el que cabría apreciar (por el espíritu de nuestro legislador que revela la Compilación) que, a diferencia del normal (legatario de parte alícuota

no ascendiente), el sentido del artículo 1.057 no se extiende más allá de su letra". ALBALADEJO: El albaceazgo: op. cit. pág. 345 y 346.

2. El heredero ex re certa (artículo 768 del Código civil). 3. Los herederos forzosos no herederos (son sólo herederos cuando como herederos suceden): "los herederos forzosos, que en rigor son legitimarios, y no necesariamente herederos, con lo que, cuando no lo sean, estarían - quizás - libres de la prohibición" Idem: pág. 339. 4. El heredero o legatario que renuncie a su cuota: "Puesto que el renunciante ya no es heredero (ni legatario) y los efectos de la delación a su favor los borra retroactivamente la renuncia, puede partir el que renuncia a sus derechos hereditarios". Idem: pág. 351. 5. Los representantes de herederos o legatarios de parte alicuota: "Más lo cierto es que - por mucho que pueda parecer razonable, y por mucho que, de verdad, pueda luego resultar parcial el contador, no cabe extender la ley a esas hipótesis a que no se refiere. Y creo que ni siquiera al caso de los representantes legales, en el que cabría pensar que tiene más fundamento". Luego añade: "Alegando que es como si actuase el representado por el de que aquel tiene el deber de velar. Aunque ello no es exacto porque actúa por el representado en los asuntos de éste, pero no porque a título personal le hagan un encargo puede decirse que él obra como tal representante. Y, por otro lado, si bien tiene deber de velar por su representado, no lo tiene en absoluto de ser parcial a su favor, aunque, ciertamente, puede ocurrir que de hecho lo sea". Idem: pág. 352 y 353. Para el mismo autor es inválida la partición que haga: 1. El legatario de parte alicuota (no ascendiente). 2. Los legitimarios herederos o legatarios de parte alicuota, ni el cónyuge viudo usufructuario de una cuota: "para englobar en la incompatibilidad no únicamente a los propietarios plenos de cuota, sino también a quienes exclusivamente tengan derecho de disfrute sobre ella". Idem: pág. 348. 3. Usufructuarios de una cuota de la herencia: "Personas que, en el concepto que sea, tienen derecho no a la propiedad ple

na, pero sí al disfrute de una cuota del caudal". "Siempre es necesario que se trata de un usufructo de cuota, pues si no (por ejemplo, el usufructo correspondiente sobre bienes determinados o sobre toda la herencia) aunque haya varios herederos entre quienes debe partir el usufructuario, no tiene interés en la formación de un lote mejor (para usufructuarlo él). Es así mismo necesario para que la incompatibilidad se dé, que la cuota a usufructuar resulte concretada en bienes determinados (los que el usufructuario-partidor incluyese en el lote con cuyo usufructo satisfará el derecho que tiene el usufructo de una cuota), pues en otro caso no tiene motivo para ser parcial al formar los lotes, que ya afectarían a los demás, pero no a él (por ejemplo, herederos son tres sobrinos, y usufructuario del tercio y además partidor, se nombró a otra persona, pero para que divida entre aquellos y ella perciba un tercio de los frutos de la parte de cada uno)". Idem: págs. 349 y 350. 4. Heredero (o legatario de parte alícuota) sustituto". "La razón para sostener la prohibición existe lo mismo, y dentro de iguales límites, en un caso, que en otro, pues, por ejemplo, también un fideicomisario nombrado partidor tiene interés en que el lote que le corresponderá después del fiduciario, reciba los bienes mejores". Idem: pág. 350.

195. Véase Colección Legislativa, vol. I, pág. 162 y 168.

196. Colección Legislativa, vol. III, pág. 238.

197. ARMERO: op. cit. pág. 506 y 507.

198. Véase GULLON BALLESTEROS: op. cit. pág. 371.

199. ESCOBAR DE LA RIBA: op. cit. pág. 392.

200. "Considerando que, conforme a esta doctrina, reconocida y aplicada ya por este Tribunal Supremo, es visto que D.... tiene en la testamentaria de su difunta

esposa el carácter de heredero forzoso, que no consta hubiese renunciado". C.L. tomo II, vol. II, pág. 503.

201. Véase Repertorio Doctrinal y Legal de la Jurisprudencia Civil Española, tomo IV: op. cit. pág. 274 y 275.
202. "Si bien es evidente que D. ... nombre albaceas contadores y partidores a su esposa doña... y a don... cotraviniendo respecto a la primera lo dispuesto por el artículo 1.057 del Código civil, no puede tal falta dar lugar a la nulidad de la cláusula, ya que el cargo de contador, como el de heredero, pueden renunciarse". C.L. tomo CXXII, vol. III, pág. 159.
203. Véase ROCA SASTRE: Derecho Hipotecario, tomo II: op. cit. pág. 627; SAENZ DE SANTA MARIA; op. cit. pág. 37. Y ALBALADEJO: El Albaceazgo, op. cit. pág. 351.
204. Dice la mencionada sentencia: "que por éstos (los coherederos) se entenderá aceptada la herencia, aunque la renuncien gratuitamente en beneficio de una o más de sus coherederos - número segundo del mil -, salvo que sea gratuita y en favor de aquellos a quienes correspondería el derecho de acrecer - número tres del mismo artículo-, que su interpretación no puede ofrecer la menor duda, por lo que una vez aceptada la herencia no puede verificarse la partición de bienes por el coheredero aceptante, entendiéndose hecha la aceptación, aparte de los actos expresos a que se refiere el número primero del mismo artículo 1.000, aunque se renuncia a la herencia y se haga gratuitamente en favor de uno o varios de los coherederos, salvo el caso de verificarlo en beneficio de todos a quienes correspondería el derecho de acrecer, que constituye en suma una renuncia pura y simple, sin que quepa una intervención llamada más espiritualista de dichas normas como dice el recurrente al sostener que puede libremente hacer las particiones el nombrado heredero que renunció a la herencia en beneficio de otro, al haber cesado su interés personal sobre el caudal relicto, ya que ha

demostrado una preferencia por el beneficiario de la renuncia, que puede repercutir en las operaciones particionales; que es precisamente lo que la ley trata de evitar, y buena prueba de que se ha aceptado la herencia al renunciarla en favor de un coheredero está en que tal acto constituye una verdadera disposición de bienes al transmitir lo que ya es del renunciante a favor del beneficiario, que no podría realizar de no haber entrado en su patrimonio la cuota hereditaria, cosa totalmente diferente de la renuncia pura y simple en que sin pasar los bienes por su patrimonio los adquieren del causante en forma directa e inmediata los restantes coherederos con derecho a ello". C.L. tomo 109, pág. 493 y 494.

205. Repertorio Doctrinal y Legal de la Jurisprudencia Civil Española, tomo IV, op. cit. págs. 274 y 275.
206. Colección Legislativa, tomo XVI, vol. II. pág. 66.
207. Colección Legislativa, tomo CXXII, vol. III, pág. 159.
208. La realización solidaria de la partición apenas se encuentra mencionada en el Código civil (artículos 894-897). La jurisprudencia y la doctrina han ido moldeando de tal manera la solidaridad en la ejecución testamentaria, que las diferencias existentes con la ejecución mancomunada, han llegado a ser mínimas. Así, en orden a los principios de la solidaridad en la ejecución testamentaria, resulta inadmisibile, que la misma legitima a los nombrados para realizar la partición - sin contacto alguno entre ellos. En forma seguida vamos a citar varias sentencias que confirman lo expuesto; comenzamos por la sentencia nº 131 de 6-V-1903, que dice, que si el testador establece la solidaridad de los albaceas, es válido lo que ejecute cualquiera, "siempre que los demás no hay significado oportunamente su propósito de concurrir en unión de aquél al desempeño de su cargo". (Colección Legislativa, vol. I, pág. 716); "toda vez que la solidaridad - dice la sentencia nº 12 de 24-XII-1909- hay que concebirla con -

la concurrencia de las voluntades de los albaceas, cuando el testador ha nombrado más de uno para el desempeño del albaceazgo" (Colección Legislativa, vol. IV, pág. 789); "y están en el deber - dice la sentencia nº 115 de 29-XI-1915- de cooperar personalmente al mejor éxito de su cometido con aquel - espíritu de concordia y armonía necesarios para obtener la unidad de acción que requieren la coexistencia de voluntades y derechos que en su conjunto integran una sola personalidad jurídica como es el albaceazgo; deduciéndose de todo que el carácter solidario de un albacea hay que concebirlo con el de los demás de la propia condición, y que los albaceas aun siendo solidarios han de funcionar simultáneamente para que ninguno quede preterido o postergado, ya que conjuntamente les nombró la testadora para la ejecución de su última voluntad sin exclusiones ni preferencias... siendo obligatorios los acuerdos de la mayoría mientras no sean contrarios a la ley o al testamento, sin perjuicio de que cuando surjan desavenencias y no hay medios de dirimirlos por los procedimientos que el testador haya establecido, intervengan los Tribunales para decidir la contienda sin consentir la eliminación injustificada de ninguno de los albaceas" (Colección legislativa, tomo LII, vol. III). La doctrina acredita en más ó menos, la posición de la jurisprudencia: Castán considera a la solidaridad en la ejecución testamentaria, como impropia, porque, aunque solidarios los nombrados, deben actuar con unidad de criterio (CASTAN, José: Derecho Civil español, Común y Foral, tomo VI, - vol. I (Instituto Editorial Reus, séptima edición, Madrid, 1970) pág. 277; es decir, como se fueran mancomunados. Taboada Roca aconseja, que si los contadores partidores son nombrados solidariamente, deben actuar de acuerdo unos con otros y hacer caso omiso de la designación solidaria, para actuar como si fueran mancomunados TABOADA-ROCA, Manuel: Los llamados "contadores solidarios". Imposibilidad de que tal solidaridad produzca sus naturales efectos e inadecuación de aquella denominación (Revista General de Derecho, 1958,

Madrid), pág. 279. Véase también GOMEZ YSABEL, J.J.: Problemas fundamentales del ejercicio del albaceazgo (Instituto Editorial Reus, Madrid, 1963) pág. 213 y ALBALADEJO: El albaceazgo en el Derecho español: op. cit. págs. 81 y siguientes.

209. Colección Legislativa, tomo XXXIII, pág. 809.
210. Véase Colección Legislativa, tomo XXXIV, vol. IV, pág. 750.
211. Colección Legislativa, tomo Nov.-Dic. 1976, págs. 843 y 844.
212. Es procedente la invalidez de las particiones practicadas por contador-partidor, cuando éste no cursa la citación a todos los interesados en el caudal relicto sino a unos pocos. Véase la sentencia nº 401 de 23-XII-1976, en Colección Legislativa, tomo nov-dic.1976 pág. 843 y 844.
213. Sentencia número 60 de 26-XI-1955 en C.L., tomo LIII, págs. 708 y 709.
214. HERNANDEZ GIL, op. cit. pág. 530.
215. BORDA: op. cit. pág. 438.
216. Véase las siguientes resoluciones: la nº 156 de 18-VIII-1909 en C.L., tomo XXXIII, vol. III, págs. 806 y 809; la nº 34 de 30-IV-1917 en C.L., tomo LVIII, vol. II, pág. 189, y la nº 102 de 6-III-1923 en C.L. tomo LXXVI, vol. I, pág. 537.
217. Colección Legislativa, tomo XXXIV, vol. IV, pág. 750.
218. Colección Legislativa, tomo LVIII, vo. II, pág. 189.
219. Véase Colección Legislativa, tomo LXXVI, vol. I. pág. 537.

220. Véase Colección Legislativa, ,tomo LIII, págs. 708 y 709.
221. Colección Legislativa, n v.-Dic. 1976, pág. 843 y - 844.
222. REPERTORIO DOCTRINAL Y LEGAL DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL ESPAÑOLA, tomo I: op. cit. pág. 385.
223. Véase la resolución nº 25 de 13-IV-1892 en C.L., vol. II, págs. 104 y 105 y la resolución de 6-IX-1897, en el Repertorio doctrinal y legal de la jurisprudencia civil española, tomo III: op. cit. pág. 303.
224. Véase la resolución de 29-IV-1885 en Repertorio doctrinal y legal de la jurisprudencia civil española, tomo I: op. cit. pág. 385.
225. Véase SANCHEZ ROMAN: Estudios de Derecho civil: op. cit. pág. 1926.
226. Repertorio doctrinal y legal de la jurisprudencia civil española, tomo III: op. cit. pág. 302.
227. Véase C.L., vol. III, pág. 238.
228. Véase C.L., vol. III, pág. 262.
229. Véase C.L. tomo I, vol. I, pág. 131.
230. Véase C.L., tomo XXXIII, vol. III, pág. 833.
231. C.L. tomo XLIII, vol. III, pág. 566.
232. Véase la resolución nº 167 de 17-VII-1915 en C.L., tomo 133, vol. II, pág. 1077; la resolución nº 73 de 13-V-1916 en C.L., tomo LIV, vol. II, págs. 436 y 437; la resolución nº 102 de 6-III-1923 en C.L., tomo LXXVI vol. I, pág. 537; la resolución nº 120 de 6-XI-1934, en C.L. tomo 215, vol. IV, pág. 492 y sentencia nº 60 de 26-XI-1955, en C.L., tomo LIII, pág. 708 y 709.

233. Sentencia nº 108 de 14-XII-1957 en C.L., tomo LXIII, pág. 1267.
234. Véase la resolución nº 1 de 1-VII-1920 en C.L., tomo LXIX, vol. III, pág. 8 y 9.
235. Véase la resolución nº 185, de 21-XII-1929 en C.L., tomo 191, vol. 5º, pág. 995.
236. Sentencia nº 120 de 6-XI-1934 en C.L., tomo 215, vol. 4º, págs. 490 y 491.
237. Véase C.L. tomo LXIII, págs. 48 y 49.
238. Véase la sentencia nº 427 de 15-X-1973 en C.L., sept. oct. 1973, pág. 333.
239. Albaladejo distingue: Primero: la omisión voluntaria o involuntaria de un bien hereditario en la partición - por un heredero. La omisión es imputable a un heredero pero no a los demás, que desconocen la omisión. Segundo (très casos): la omisión voluntaria de un bien hereditario: los herederos deciden de común acuerdo, excluirlo de la partición y realizan una partición parcial, - porque no se divide toda la herencia, sino apenas una parte. La partición posterior de la parte que quedó - indivisa también es parcial y ambas son independientes y ninguna es complemento de la otra, pero las dos tienen dos comunes características: dividen la totalidad de los bienes hereditarios y el acuerdo impide la invalidez de ninguna; -- la omisión involuntaria de un bien hereditario, porque conociendo su existencia, no se acordaron de partirlo; --- la omisión involuntaria de un bien hereditario, por desconocimiento de su existencia. ALBALADEJO: Derecho civil, op. cit. págs. 402 y siguientes.
240. Véase BETTI: op. cit. pág. 336.
241. Véase POLACCO: op. cit. pág. 335.
242. Véase TRABAUCCHI, Alberto: Istituzioni di Diritto Civi-

le (Cedam, 22ª edizione, 1977, Padova) pág. 932.

243. BORREL: op. cit. pág. 499.

244. GUILARTE ZAPATERO, Vicente: Algunas consideraciones sobre la partición adicional del artículo 1.079 del Código civil (separata del Anuario de Derecho civil 1966, Madrid) pág. 64.

245. Véase GIANNATTASIO, Carlo: Delle Successioni en Commentario del Codice Civile, Libro II, tomo III (Unicone tipográfica-Editrice Torinese, Torino, 1964) pág. 170 y 175.

246. Véase Colección Legislativa, tomo XXIX, vol. II, pág. 645. En el mismo sentido se expresa la sentencia nº 563 de 13-X-1960 en C.L., tomo XCII, pág. 235, la cual es copia literal de la sentencia antes expresada.

247. Véase colección Legislativa, tomo 133, vol. II, pág. 713. En el mismo sentido se expresa la sentencia nº 224 de 17-IV-1933, en Colección Legislativa, tomo - CXXVI, vol. II, pág. 617, excepto que ésta recurre al remedio de la rescisión. En la misma posición se encuentra la sentencia nº 25 de 28-V-1943, la cual dijo: El artículo 1.079 del Código civil, "señala el camino adecuado para completar o adicionar, con los bienes del testador que no se tuvieron en cuenta al hacer la partición, los omitidos por cualquier causa en el primero cuaderno particional, sin recurrir al innecesario y más gravoso expediente de rescindir la operación ya practica". Colección Legislativa, tomo III, pág. 198.

248. Colección Legislativa, tomo XXIX, vol. II, pág. 645.

249. GUILARTE: op. cit. pág. 65.

250. Véase C.L. tomo XXIX, vol. II, pág. 645.

251. C.L., tomo II, págs. 395 y 396.
252. GUILARTE: op. cit. pág. 67 y 68.
253. Como ejemplo se encuentran las sentencias nº 841 de 12-XII-1961 en C.L., tomo 104, pág. 307, y la de 19 VI-1978 en Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia, 1978, tomo I, nº 2.357. En ambas el fundamento de la partición es el mismo, pero en la primeramente citada se mantuvo la validez de la partición para proteger a un tercero y en la otra, se adoptó la tesis - contraria para proteger a una heredera.
254. Colección Legislativa, tomo XVI, vol. II, pág. 66.
255. Colección Legislativa, tomo CXV, vol. VI, pág. 439.
256. Véase ALBALADEJO: Derecho civil. op. cit. pág. 405.
257. Dice la mencionada sentencia: "Como el testamento-partición verificado por los padres a favor de sus hijos adolece, en las adjudicaciones que realiza, de defectos sustanciales, como son los de estimar que les pertenecían bienes que no estaban en su acervo, exclusión de otros que por el contrario les correspondían, más errores de esencia al atribuir extensión superficial equivocada a los terrenos que a unos y a otros concedía, dándoles un valor cuantitativamente en oposición al que realmente les debía ser asignado lo cual vicia y altera el capital hereditario, contradiciendo la verdadera voluntad del testador, se aduce tanto en los errores indicados cuanto de los testamentos no se presume el designio de perjudicarlos, todo ello hace indispensable una nueva partición a fin de que con la exactitud sean justipreciados los labrados, montes, huertos, prados que en él figuran y su distribución realizada equitativamente... y por ello es procedente volver al importe del caudal al estado de indivisión que al óbito de los testadores tenía, a fin de evitar el perjuicio lesivo reducido, practicándose las operaciones de inventario, avalúo, divi-

sión y adjudicación que requiera la nueva partición"
C.L., tomo LIII, pág. 79.

258. Dice esta sentencia: "en el caso de autos es evidente la existencia de error sustancial al haberse omitido bienes importantes, y no computarse los bienes inmuebles objeto de las donaciones". C.L. Enero-Febr. 1975, pág. 46. Hace referencia a un "error sustancial", pero vimos que el error es irrelevante en orden a la omisión de bienes hereditarios en la partición.
259. HERNANDEZ GIL, op. cit. pág. 535.
260. Idem.
261. Véase ALBALADEJO: Derecho civil, op. cit. pág. 405.
262. Colección Legislativa: tomo LXVII. pág. 759.
263. La sentencia nº 480 de 30-X-1970, decretó la nulidad de algunas cláusulas testamentarias que se referían a bienes ajenos, ordenando a su vez, que se hiciera una nueva partición, previo inventario de los bienes que efectivamente pertenecieran al difunto. Véase C.L., Julio-Septiembre. 1970, pág. 923.
264. Véase la sentencia nº 235 de 17-V-1974 en C.L., Mayo, 1974, pág. 294.
265. Véase la sentencia nº 14 de 9-III-1951 en C.L., tomo XXXIV, pág. 219.
266. Véase la sentencia nº 302 de 30-IV-1958 en C.L., tomo LXVIII, Abril 1958, pág. 704.
267. Véase la sentencia nº 391, de 20-V-1965, en C.L., Mayo 1965, pág. 474.
268. Sentencia nº 302 de 30-IV-1958, en C.L., tomo LXVIII, abril 1958, pág. 703 y 704.

269. Véase C.L., mayo 1974, pág. 294.
270. Véase las resoluciones nº 129, de 18-V-1900 en C.L., tomo VII, vol. I, pág. 677; nº 58 de 11-IX-1907, en C.L., tomo XXVI, vol. III, pág. 329; nº 33 de 29-I-1908, en C.L., tomo XXVIII, vol. I, pág. 246; nº 103 de 12-XII-1912 en C.L., tomo XLIII, vol. III, pág. 650 y nº 100 de 18-XII-1951 en C.L., tomo XXXVI, pág. 1.133 y 1.134. También las sentencias nº 39 de 1-XII-1.891 en C.L. vol. IV, pág. 221; nº 81 de 23-XI-1899 en C.L., tomo VI, vol. III, pág. 386 y 387; nº 162 de 7-VI-1902, en C.L., tomo 93, vol. I, pág. 932; nº 172 de 16-VI-1902 en C.L., tomo XI, vol. I, pág. 990 nº 40 de 5-II-1908 en C.L., tomo XXVIII, vol. I, pág. 303 y nº 134, de 5-XII-1922, en C.L. tomo LXXII, vol. II, pág. 574.
271. Colección Legislativa, tomo III, vol. III, pág. 18 y 19.
272. Véase C.L., tomo CXXI, vol. II, pág. 545.
273. Véase BETTI, op. cit. pág. 336.
274. PUIG BRUTAU: op. cit. pág. 626.
275. Véase LACRUZ-SANCHO, op. cit. pág. 260 y 261.
276. ALBALADEJO: Derecho civil, op. cit. pág. 399 y 400.
277. CAMY, Buenaventura: Contador-partidor y personas a quienes válidamente puede adjudicar bienes (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968) pág. 317.
278. HERNANDEZ GIL, op. cit. pág. 527.
279. Véase POLACCO, op. cit. pág. 335.
280. Véase GIANNATTASIO: op. cit. págs. 171 y 172.
281. Véase PUIG BRUTAU. Op. cit. pág. 626.

282. Véase ALBALADEJO: Derecho civil: op. cit., págs. -
399 y 400.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, Manuel: Anotaciones de Derecho español a la traducción española de Cicu: Derecho de Sucesiones, Parte General (Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964)
- Derecho civil, Derecho de Sucesiones, tomo V, volumen I Parte General (Librería Bosch, Barcelona, 1979)
- Estudios de Derecho civil (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955)
- El albaceazgo en el Derecho español (Editorial Tecnos, Madrid, 1969)
- El negocio jurídico (Librería Bosch, Barcelona, 1958)
- La responsabilidad de los herederos por deudas del causante antes de la partición (Anuario de Derecho civil, tomo XX, fascículo III, Madrid-Julio-septiembre, 1967)
- Manual de Derecho de familia y sucesiones (Librería Bosch, Barcelona, 1974)
- ARMERO, Mario: Testamentos y particiones, tomo I, (Instituto editorial Reus, Madrid, 1951)
- BARBERO, Domenico: Sistema Istituzionale del Diritto Privato italiano, tomo II (Unione tipografico-Editrice Torinese, 2ª edizione, Torino, 1949):
- BAS Y RIVAS, Federico: La dación, adjudicación y cesión de bienes, en función de pago de deudas - (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1945, Madrid)

- BATISTA, José: Estudios sobre la ejecución testamentaria (Revista de Derecho privado, tomo - LIV. Enero-Diciembre 1970)
- BETTI, Emilio: Teoría General del Negocio Jurídico, traducción española por A. Martín Pérez - (Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edición, Madrid, 1959).
- BINDER, Julius: Derecho de sucesiones, traducción española por J.L. Lacruz Berdejo (Editorial La bor, S.A. Barcelona 1953)
- BLANCO, Mariano: Albaceas mancomunados (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 112, Madrid, 1908)
- CONET RAMON, Francisco: Código civil comentado (Aguilar, S.A. de ediciones, Madrid, 1962)
- Comentario a la sentencia de 6-III-1945 (Revista de Derecho Privado, tomo XXIX, Madrid, 1945)
- Ejecución testamentaria: naturaleza jurídica del albaceazgo (Revista de Derecho Privado, tomo XXXI, Madrid, 1947)
- BORDA, Guillermo: Tratado de Derecho civil argentino, Sucesiones, tomo I (Editorial Perrot, Buenos Aires, 1964).
- BORREL Y SOLER, Antonio: Derecho civil español, tomo V (Bosch, Casa editorial, Barcelona 1954).
- CABANILLAS, Pío: Evicción y saneamiento en la partición en Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas (Diciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969).

- CABELLO, Pedro: Varia (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, tomo 272, Madrid, 1951)
- CAMINERO, Eduardo: Tratado teórico y práctico sobre partición de herencia (Editorial Reus, S.A., 3ª edición, Madrid, 1927).
- CAMY, Buenaventura: Contador-partidor y personas a quienes válidamente puede adjudicar bienes (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968)
- CARIOTA FERRARA, Luigi: El negocio jurídico, tradc. española (Aguilar, S.A., Madrid, 1956)
- CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho civil español, común y foral. Tomo VI, volumen I (Instituto Editorial Reus, 7ª edición, Madrid, 1960)
- La concepción estructural de la herencia (Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959)
- Partición hecha por comisario. Interpretación del artículo 1.057 del Código civil. Distinción entre comisarios y contadores partidores. Comentario a la sentencia de 24-III-1928 (Revista de Derecho Privado, tomo XVII, Madrid, 1930).
- CASTAN VAZQUEZ, José M^a: Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español (Separata del Anuario de Derecho civil, Madrid, 1964).
- CELAYA, IBARRA, Adrián: El testamento por comisario (Separata del Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1972).
- CICU, Antonio: Derecho de Sucesiones. Parte General, traducción española (Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964)

- COLIN, A. y CAPITANT, H.: Curso elemental de derecho civil, tomo VIII, traducción española - (Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957).
- COVIAN, Victor: Partición (Enciclopedia jurídica española, tomo XXIV, Editor Francisco Seix, Barcelona)
- CHAMORRO PIÑERO, Santiago. Los derechos hereditarios (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo I, Madrid, 1941)
- CHICO Y ORTIZ, José Ma. Protocolización de partición judicial (Revista de Derecho Notarial nº LXXII, año XVIII, abril-junio, Madrid, 1971)
- DANZ, E.: La interpretación de los negocios jurídicos, traducción española -- (Editorial Revista de Derecho Privado, 3ª edición, Madrid, 1955)
- DE BUEN, Demófilo: Anotaciones de Derecho español a la traducción española de Colin y Capitant: Curso elemental de Derecho civil, tomo VIII (Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957)
- DE DIEGO, Felipe: Disolución de la sociedad de gananciales (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1924)
- Instituciones de Derecho civil, tomo III (Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959).
- DE HEREDIA, J. Beltrán: El saneamiento por evicción en la partición hereditaria (Revista de Derecho privado número 451, Madrid, 1954)

- DE LA CAMARA, Fernando: El derecho hereditario "in abstracto" (Revista crítica de Derecho Inmobiliario nº 19 y 20, Madrid, 1926)
- DE LA CAMARA, Manuel: La revocación del mandato y del poder (Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo IV, Madrid, 1957)
- Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria (Revista de Derecho privado, tomo XXXII, Madrid, 1948)
- DE LOS MOZOS, José L.: La partición de herencia por el propio testador (Revista de Derecho Notarial, año VIII, nº XXBII, enero-marzo, 1960, Madrid)
- DE MARTINO, Vittorio: Commentario teorico-pratico al codice civile, Libro II, Delle successioni testamentarie, art. 578-712 (Edizioni Pem, 1ª edizione, Roma, 1973)
- DE VALDEAVELLANO, Luis: La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval - (Derecho, tomo III, nº 1, Salamanca, 1956)
- DIAZ FUENTES, Antonio: Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa (separata del Anuario de Derecho civil, Madrid, 1956)
- DIEZ-PICAZO, Luis: El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos (Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1957)
- La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero (separata de Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1959)

- ESCOBAR DE LA RIBA, E.: Partición por comisario (Revista Crítica de Derecho inmobiliario, Madrid 1940)
- ESPIN, Diego: Manual de Derecho civil español, volumen V (Editorial Revista de Derecho Privado, reimpresión de la tercera edición, Madrid, 1970)
- ESPINOSA JOVER, M.: La rendición de cuentas en el derecho privado (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975)
- FALCON, Modesto: Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral, tomo II. (Establecimiento tipográfico de D. Vicente Oliva, 1878)
- FASSI, Santiago: Prescripción de la acción de herencia y de partición hereditaria (Editorial Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos. - Buenos Aires, 1971)
- FERRANDIS VILELLA, J.: La comunidad hereditaria (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954)
- GARCIA FERNANDEZ, José: Algo acerca de las facultades de los albaceas o testamentarios (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 115, Madrid, 1909)
- Partición de herencia anulable (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 123, Madrid, 1913)
- GIANNATTASIO, Carlo: Delle successioni en Commentario del Codice civile, Libro II, tomo terzo (Unione tipografico-Editrice Torinese Torino, 1964)

- GITRAMA, Manuel: La administración de herencia en el Derecho español (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950)
- GOMEZ-ACEBO, Felipe: Revisión del concepto de lesión: su estructura técnica (Revista de Derecho privado, Madrid, 1950)
- GOMEZ MORAN, Luis: El ejecutor testamentario en el Derecho comparado (Tratado teórico práctico de particiones) (Institute Editorial Reus, Madrid, 1950)
- Las "cláusula de estilo" y el contador-partidor (Revista Crítica de Derecho Inmbiliario, Madrid, 1948).
- Testamento-partición (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1949)
- GOMEZ YSABEL, J.J.: Problemas fundamentales del ejercicio del albaceazgo (Instituto Editorial - Reus, Madrid, 1963)
- GONZALEZ ENRIQUEZ, M.: Naturaleza y eficacia de la partición "inter vivos" (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954)
- GONZALEZ-LLANA Y FAGOAGA, J.: Particiones hereditarias, 3 tomos (Gráficas Carrasco, Madrid, 1977)
- GONZALEZ PALOMINO, J.: La adjudicación para pago de deudas (Anales de la Academia Matritense del Notario, Madrid, 1945)
- Una nueva cláusula de estilo: la de no "estorbar" (Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo II, Madrid 1950)

- GONZALEZ RODRIGUEZ, M.: Sobre particiones verificadas por el testador en actos intervivos - (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 27, Madrid, 1927)
- GUILARTE ZAPATERO, V.: Algunas consideraciones sobre la partición adicional del artículo 1.079 del Código civil (separata del Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1966)
- GULLON BALLESTEROS, A.: La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia (separata del Anuario de Derecho Civil Madrid, 1965)
- HERNANDEZ GIL, Félix: Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por comisario - (Revista de Derecho Privado, tomo LIII, Madrid, 1968)
- JORDANO, Juan B.: Dictamen sobre validez de partición contenida en testamento (Anuario de Derecho civil, Madrid, 1952)
- KIPP, Theodor: Derecho de sucesiones, tomo V, volumen II, traducción española (Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1951)
- LACAL, Pascual: Aportación al estudio de la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia para pago de deudas (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931)
- La prohibición de dividir la herencia en nuestro derecho positivo - (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1931)
- LACRUZ BERDEJO, J.L.: Anotaciones de Derecho Español a la traducción española de Binder: Derecho de sucesiones (Editorial Labor, S.A. Barcelona, 1953)

- LACRUZ BERDEJO, J.L. y
SANCHO REBULLIDA, F.: Derecho de sucesiones, tomo I (Librería Bosch, Barcelona, 1971)
- LARENZ, Karl: Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos, traducción española (Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956)
- LEZON, Manuel: Particiones de herencias practicadas por contadores nombrados por los respectivos testadores (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1928)
- LOPEZ Y LOPEZ, Angel: Retención y mandato (Publicaciones de Real Colegio de España, Bolonia, 1966)
- LORAQUE Y IBAÑEZ, Odón: Tratado práctico sobre operaciones - particionales y otras materias relacionadas directamente con aquellas - (Imprenta "La Puritana" Manuel Blanco Luque, 2ª edición, Andújar, 1943)
- MAFFIA, Jorge O.: Manual de Derecho sucesorio, tomo I, (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975)
- MAJADA, Arturo: Manual de herencias (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1953)
- MANRESA Y NAVARRO, José: Comentarios al Código civil español, tomo VII (Instituto Editorial Reus, 6ª edición, Madrid, 1943)
- MARIN LAZARO, Rafael: La partición de la herencia por actos "inter vivos" (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1944, 2ª semestre).
- MARTI MIRALLES, Juan: Partición de herencia. Lesión (Revista Jurídica de Cataluña, Barcelona, 1951)

- MARTIN LOPEZ, José: Carácter y efectos de la partición de herencia (Revista de Derecho Privado, tomo XXIII, Madrid, 1936)
- MARTINEZ ESCOBAR, Manuel: Las inscripciones, tomo I (Jesús Montero, Editori, 1ª edición, La Habana)
- MARTINEZ GIJON, José: La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el Derecho medieval español (Anuario de historia del derecho español, tomo XXVII y XXVIII, Madrid, 1957 y 1958)
- MARTINEZ MORA, Eduardo: Las adjudicaciones de inmuebles para pago de deudas (Revista Crítica de Derecho inmobiliario, Madrid, 1925)
- MAURA, A.:
Dictámenes, tomo IV, dictamen nº 25 de 13-II-1913 (Editorial Saturnino Calleja, S.A., Madrid)
Dictámenes, tomo I, dictamen nº 4 de 26-V-1914 (Editorial Saturnino Callejam S.A., Madrid)
- MAZEAUD, Juan, Henri y Leon: Lecciones de Derecho civil, volumen IV, traducción española (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1965)
- MENENDEZ VALDES, Eduardo: ¿Pueden partir los herederos habiendo contador-partidor? (Revista de Derecho Notarial, Madrid, enero-marzo, 1970)
- MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho civil y comercial, tomo VII, traducción española (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956)
- MINERVINI, Gustavo: El mandato (José Ma Bosch Editor, Barcelona, 1959)

- MONEDERO GIL, Francisco: La partición practicada por el testador (Pre^{tor} nº 64, Madrid, Julio agosto, 1971)
- Partición hecha por el contador-partidor (Pre^{tor} nº 66, Madrid, no viembre-diciembre 1971)
- Partición hecha por los herederos (Pre^{tor} nº 68, Madrid, marzo-abril 1972)
- MONZON Y RODRIGUEZ, R.: Honorarios de contador-partidor no letrado (Revista de los Tribunales tomo XLVIII, Madrid, 1914)
- MUÑOZ DE DIOS, Mariano: La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones: por probición del testador y por acuerdo de los coherederos en Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas, tomo VI, (EDiciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1969)
- NOVOA SEOANE, Ramón: Variaciones sobre el tema Derecho - sucesorio. Naturaleza de la parti--ción de bienes. Alcance del derecho de los mayores de edad de dividir la herencia como tengan por convenient^e. Herencia voluntaria (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1918)
- OGAYAR Y AYLLON, Tomás: Contadores-partidores mancomunados. Caducidad de su nombramiento (Revis^{ta} General de Legislación y Juris--prudencia, Madrid, 1959)
- Naturaleza jurídica de la partición hereditaria (Revista Jurídica de Ca^taluña, Barcelona, 1957)

- OSSORIO MORALES, Juan: Comentario a la sentencia de 7-I-1942 (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1942)
- Comentario a la sentencia de 25-I-1943 (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, - 1943)
- PELAYO, Santiago: El testamento y la ley como normas de la partición (Pretor nº 63, Ma-drid, mayo-junio 1971)
- Operaciones divisorias de la partición hereditaria (Pretor nº 64, Ma-drid, julio-agosto 1971)
- PERALEZ GARCIA, Mariano: Los inmuebles y la partición de herencia (Gráfica Clemares, Madrid, 1958)
- PEREZ, Blas y ALGUER, J.: Anotaciones de Derecho español a la traducción española de Kipp: Derecho de sucesiones, tomo V, volumen II, (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1951)
- PEREZ GONZALEZ, Blas: Rescisión de partición en Cataluña (Revista de Derecho Privado, Madrid 1940)
- POLACCO, Vittorio: De las sucesiones, tomo II, traducción española (Ediciones Jurídicas Europa-América, 2ª edición, Buenos Aires, 1950)
- POLO CLAVEL, Enrique: Herencias. Sucesiones con testamento y sin él (Imprenta Hijos de T.Minuesa, Madrid, 1932)

- PUIG BRUTAU, José: Fundamentos de Derecho civil, tomo V, volumen III (Bosch, Casa Editorial Barcelona, 1963)
- PUIG FERRIOL, Luis: El albaceazgo (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1967)
- REINO CAAMAÑO, José Del artículo 1.056 del Código civil (Foro Gallego nº 67, año VIII, enero-febrero, 1950)
- REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA: Tomo 146, Madrid, 1925, página 711.
- ROCA JUAN, Juan: La renuncia liberatoria del comunero (Separata del Anuario de Derecho civil, Madrid, 1957)
- ROCA SASTRE, Ramón M^a.: Derecho hipotecario, tomo II (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1948)
- Estudios de Derecho Privado, tomo II (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948)
- RODRIGUEZ ADRADOS, A.: El testamento y la ley como normas de la partición (Revista de Derecho Notarial, año XVII, nº LXVIII, Madrid, -- abril-junio 1970)
- La partición hecha por el testador (Revista de Derecho Notaria, año XVII, - nº LXVIII, Madrid, abril-junio, 1970)
- RODRIGUEZ-ARIAS, Lino: Efectos de la partición "inter vivos" que regula el artículo 1.056 del Código civil (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1952)

- RODRIGUEZ DEL BARCO, J.: Sobre la naturaleza jurídica de la -
partición hereditaria (Revista de De-
recho privado, tomo LV, Madrid, 1971)
- RUIZ ARTACHO, Juan: Partición de herencia por Comisario
(Revista Crítica de Derecho Inmobi-
liario, Madrid, 1952)
- SAENZ DE SANTAMARIA, I.: Notas sobre los albaceas y contado-
res partidores (separata del Anuario
de Derecho Civil, Madrid, 1953)
- SANCHEZ ROMAN, Felipe: Estudios de Derecho civil, tomo VI,
volumen III (Estudio tipográfico "Su-
cesores de Rivadenayra, 2ª edición,
Madrid, 1910)
- SANTAMARIA, J.: Comentarios al Código civil, I (Edi-
torial Revista de Derecho Privado, Ma-
drid, 1958)
- SCAEVOLA, Quintus M.: Código civil, tomo XV (Instituto Edi-
torial Reus, 4ª edición, Madrid, 1945)
- SECO CARO, Enrique: Partición y mejora encomendadas al -
cónyuge viudo (Estudio sobre el artí-
culo 831 del C.c. español) (Bosch, Ca-
sa Editorial, Barcelona, 1960)
- SERRANO PACHECO, J.: Interpretación del artículo 1.060 del
Código civil (Revista General de Le-
gislación y Jurisprudencia, Madrid,
primer semestre 1929)
- TABOADA-ROCA, Manuel: Los llamados "contadores solidarios".
Imposibilidad de que tal solidaridad
produzca sus naturales efectos e ina-
decuación de aquella denominación (Re-
vista General de Derecho, Madrid, 1958)

- TRABUCCHI, Alberto: Istituzioni di Diritto civile (Cedam, 2ª edizione, Padova, 1977)
- URIBE, Luis F.: Sucesiones en el Derecho mexicano (Editorial Jus, S.A., México, 1962)
- VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho civil, tomo VI, Sucesiones (Editorial Temis, 4ª edición, Bogotá, 1977)
- VALLET DE COYTISOLO, J.: Apuntes de derecho sucesorio (Anuario de Derecho Civil, tomo IV, Fascículo II, Madrid, 1951)
- ¿Es posible imponer privaciones de disponer o de partir o la sumisión a determinada forma de explotación personal o social a los herederos con afección de su legítima a dicha imposición? (Revista de Derecho español y americano, año VII, nº 32, Madrid, 1962)
- Facultades de los contadores-partidores para interpretar el testamento, etc. (Anuario de Derecho Civil, tomo XVIII, Madrid, 1965)
- VALVERDE y VALVERDE, C.: Tratado de Derecho Civil español, tomo V (Talleres tipográficos "Cuesta 3ª edición, Valladolid, 1926)
- VAZQUEZ GUNDIN, E.: Partición por comisario (Foro Gallego, año IX, nº 75, mayor-junio, 1951)
- VENTURA TRAVESET, A.: Partición por contador-partidor testamentario: Su plazo (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1951)
- VILLAVICENCIO AREVALO, F.: La facultad de disposición (separata del Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1950)