

LA PARTICION POR COMISARIO ()*

JOSE ANGEL TORRES LANA
Profesor Adjunto de Derecho civil

SUMARIO: I. Introducción. II. El contador-partidor: Concepto y naturaleza. III. Clases de contadores-partidores: 1. Solidarios y mancomunados. 2. Ordinarios y excepcionales. 3. Designados o dativos. IV. Nombramiento del contador-partidor: 1. Capacidad. 2. Forma del nombramiento. 3. Revocabilidad del nombramiento. V. Funciones del contador-partidor. VI. Realización y efectos de la partición: 1. La realización de la partición y su eventual aprobación. 2. Efectos de la partición realizada. VII. Extinción del encargo. VIII. Recapitulación.

I. INTRODUCCION

Muchas son las razones que aconsejan abordar hoy el estudio de una institución tan delicada como la del contador-partidor. No es la menor, desde luego, la renovada actualidad del tema desde la reforma de 1981 y la introducción de la modalidad del contador-partidor dativo a través de la inserción de un nuevo párrafo segundo que se añade al texto original del art. 1057.

El dato patentiza la intención del legislador de potenciar la dimensión práctica del instituto, lo que probablemente justificaría un tratamiento monográfico del mismo. Pero además este añadido suscita la posibilidad de indagar acerca de las claves de la figura, su vigencia pretérita y su virtualidad actual en su relación con el cambio experimentado en la dinámica del fenómeno sucesorio.

(*) El presente trabajo constituye el texto básico de lo que en su día fue la exposición oral del tercer ejercicio de las oposiciones a la plaza de Profesor agregado de Derecho civil de la Universidad de Granada.

Efectivamente, el proceso de intercomunicación institucional entre el sistema del Código y los de Derecho foral continúa imparable su curso. De esta forma el sistema común se ha visto recientemente enriquecido con aportaciones que implican una notable apertura a figuras o instituciones en otro tiempo rechazadas. En la actualidad la fiducia sucesoria al menos es tolerada, y se admiten con carácter general, aunque para supuestos concretos, modalidades de testamento mancomunado. Razones familiares, sociales y aún económicas han propiciado este cambio.

Por todo ello, creo que el estudio de esta temática no es un puro ejercicio de especulación intelectual, sino que ofrece sugestivas consecuencias prácticas.

II. EL CONTADOR-PARTIDOR: CONCEPTO Y NATURALEZA

Entrando ya en el tema, es preciso advertir que si el presupuesto obligado de toda partición hereditaria es la existencia de una pluralidad de sucesores, el eje de la modalidad que ahora vamos a estudiar está constituido por el contador-partidor.

Es la persona que debe realizar la partición de la masa hereditaria.

Efectivamente, alrededor del contador-partidor o comisario se aglutinan las particularidades definitorias de esta modalidad de partición; de ahí que se erija sin esfuerzo y de forma natural en protagonista del tema.

La sinonimia entre las expresiones contador-partidor y comisario ha sido impugnada por Roca Sastre para quien la función del comisario consiste en la ejecución total del testamento, siendo por tanto de contenido más amplio que la más específica de contar y partir. Fuera de este caso, la generalidad de la doctrina emplea indistintamente ambos vocablos en el bien entendido de que nos referimos exclusivamente a la partición, dejando aparte la acepción que asume la expresión en algún territorio de Derecho foral de persona que testa por otro.

Si resulta de interés destacar que ambos modos de designación son expresivos. El de contador-partidor, de la principal misión a cumplir; el de comisario, de la naturaleza de tal misión.

Efectivamente la voz comisario-derivada de *commissum*, *committere*-

enlaza con la terminología utilizada en el art. 1057 del Código: encomendar. Término que supone una variación de la letra, no del sentido, de la expresión “cometer” que figuraba en el Proyecto de García Goyena.

He aquí cómo emerge, a través de la semántica, la primera pista acerca de la naturaleza de la figura. El comisario es un encargado - más adelante veremos por quien - y un encargado de *confianza*, pues éste y no otro es el significado con que se utiliza el verbo *committere* en los textos clásicos y por los comentaristas. A través de esa especial relación de proximidad personal que llamamos confianza la figura del comisario enlaza con la forma tal vez menos plena, pero no por ello menos importante, de la fiducia sucesoria.

Efectivamente la encomienda particional es con seguridad la más concreta de las manifestaciones fiduciarias sucesorias que tan espléndidamente ha sistematizado Vallet. El comisario es encargado de una misión específica: la división del caudal. Y, aunque se presente hoy con sus propios perfiles, éstos han sido fruto de una decantación paulatina, de una segregación lenta de las formas más plenas de fiducia sucesoria que surgieron como excepción al carácter personalísimo e indelegable del testamento.

Dos frases de Bartolo y Baldo avalan lo antedicho según la primera “*non potest committere in voluntate dispositoria (...) in essentia dispositionis*”; pero la segunda admitía la posibilidad de “*comittere distribuendum vel declarandum*”, frase ésta especialmente significativa pues engloba tanto al heredero de confianza como el germen del encargo particional.

Precisamente la concreción de este encargo a la función particional es lo que permite su pervivencia en el Fuero Real, muy restrictivo respecto a la fiducia sucesoria pero que admitía, Leyes 19, 31 y 32, la distribución dentro de los límites del poder. Tal criterio se corrobora en la Novísima Recopilación (L. 10, Tít. 19, Lib. X) que añade además que tal función distributiva no podrá, a su vez, ni cometerse ni delegarse.

Por último García Goyena, apoyado en estos antecedentes sienta las bases de la regulación del Código en el art. 900 del Proyecto, según el cual “la simple facultad de hacer la partición puede cometerse en vida o en muerte a otro cualquiera con tal que no sea uno de los coherederos”. Y es así cómo a través del Anteproyecto de 1888 la figura se asienta en el art. 1057 del Código civil y permanece inalterada hasta 1981.

La trayectoria descrita permite apreciar los siguientes jalones de su evolución, en primer lugar su aparición como forma de fiducia sucesoria; en segundo lugar, su separación de figuras fiduciarias más plenas que, tal vez por ello, han sido segregadas de un marco jurídico que les manifiesta expresamente su hostilidad (arts. 669 y 670 del Código civil); en tercer lugar, la progresiva concreción de sus funciones lo que explica que el contador-partidor haya sobrepasado victoriosamente los filtros de defensa del sistema; y, en cuarto lugar, que su contenido fiduciario se ha visto delimitado funcionalmente, pero no limitado estructuralmente.

Ahora bien, precisamente estos hitos que subrayan el devenir histórico de la figura la emparentan profundamente con otra de honda raigambre en nuestro Derecho histórico y vigente, que también es institución fiduciaria. Resulta casi innecesario indicar que se trata del albaceazgo.

El parentesco es tan estrecho que no han faltado autores para quienes del contador-partidor no es más que un albacea particular con una misión concreta: la de contar y partir. También la jurisprudencia ha vacilado en este punto. Así, aunque en 1923 admitió la aceptación del albaceazgo renunciando al cargo del contador-partidor, todavía en 1958 consideró a éste como inherente a aquél.

Poderosas razones abonan, sin embargo, la solución contraria. El estudio comparativo de ambas figuras permite trazar el siguiente cuadro de semejanzas y diferencias. Por lo que respecta a las primeras. Ambas son instituciones fiduciarias; en cuanto tales ambas son indelegables con la excepción del art. 909 cuya posible aplicación analógica al contador-partidor parece clara; y ambas, finalmente, son instituciones *ex post mortem*, se actúan y se ejercen después de la muerte del causante.

Sin embargo, las diferencias son, si se nos apura de una mayor hondura, de una mayor densidad. En primer lugar, el cargo de albacea es "oficio de amigo"; así lo califica una antigua sentencia de 1905. La función del contador-partidor, por el contrario, sin perder su carácter fiduciario asume una indudable dimensión técnica, extremo este de gran relevancia cuyo estudio más detenido aplazo para más adelante. En segundo lugar y mientras el albacea resulta ser un mero colaborador de los herederos, colocado en una posición que cabría llamar pasiva, la misión del contador-partidor es activa, ejecutiva, sobre todo en su manifestación más típica: contar y partir. En tercer lugar, las funciones del albacea requieren su actuación y gestión personal; por el contrario, el carácter técnico de la misión particional posibilita su encargo a terceros espe-

cialistas; bien por la vía del mandato o también del arrendamiento de servicios. Cuarta diferencia: la designación del albacea es típicamente testamentaria o a través, en algún sistema foral, de otros instrumentos, pero siempre *mortis causa*; en cambio, el nombramiento de contador-partidor puede realizarse por acto *inter vivos* y ahora también por decisión judicial.

En quinto lugar, el albacea debe rendir cuentas a los herederos, una vez cumplida su misión; para el contador-partidor, ejecutar el encargo equivale a esta rendición, de la que se encuentra excluido, como ha declarado una copiosa jurisprudencia. Un sexto dato diferencial lo encontramos en el hecho de que el albacea no representa, en su actuación, al causante; si acaso a la herencia. Por el contrario del contador-partidor ha dicho el Tribunal Supremo en bastantes ocasiones que “en cierto modo” representa al causante y subrayo la expresión “en cierto modo” para recalcar el acento incidental con que la jurisprudencia la utiliza. Finalmente, y además de esa posible independencia en la aceptación de uno y otro cargo, hay otro argumento que para mí resulta decisivo: una correcta no forzada exégesis del art. 900 del Código permite inferir la legitimidad de que el albacea sea, no ya legitimario, sino heredero o legatario; el contador-partidor, sin embargo, no puede ser heredero y se duda con fundamento, dada la *ratio* del art. 1057, de que pueda ser legatario de parte alicuota. Más adelante volveré sobre este punto, pero quede aquí constancia del dato: la necesaria imparcialidad del contador-partidor requiere su ausencia de la comunidad hereditaria.

De lo dicho puede concluirse que la figura del contador-partidor aparece dotada de unos perfiles que la sustentan, conformando su naturaleza fiduciaria común a otras instituciones sucesorias con una especificidad propia. Su finalidad típica —evitar la partición judicial o poner fin a la ya iniciada, en frase de la Sentencia de 3-12-1981— cualifica la partición elevándola a intermedia entre la realizada por el testador y la contractual como ha declarado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo. Su función técnica le dota de rasgos que nos llevan a recordar la institución anglosajona del *executor*. En fin, sus relaciones con el albaceazgo se basan en un deslinde de funciones que no excluye ni la superposición funcional ni la concurrencia personal, supuesto del albacea contador-partidor.

Así el art. 1057 adquiere un nuevo signo especialmente fecundo porque, recordémoslo, viene a insertarse en un marco nuevo en el que la fiducia sucesoria ya no es algo anómalo. Nuevo punto de intercomuni-

cación con algunos sistemas forales que se traduce en un mutuo enriquecimiento a través de esa base común: el encargo de confianza.

Este es, a mi juicio, el elemento que hay que tener en todo momento presente para estudiar en profundidad la institución y para dotarla de un régimen jurídico. Este no puede ser otro que el formado por los siguientes elementos: autonomía del testador y art. 1057 del Código con especial atención a los criterios interpretativos para llegar a la plena significación del sentido fiduciario, aplicación analógica de reglas del albaceazgo y del mandato —dos tipos bien diversos de encargos de confianza—, y, subsidiariamente, aquellos principios generales inducidos de los de Derecho foral que informen instituciones similares al contador-partidor

En fin, para terminar esta aproximación inicial al tema conviene dejar precisados los caracteres que configuran al contador-partidor. Está claro que se trata de un cargo personalísimo pues —dice la Resolución de 15-7-1943— “descansa en la confianza y seguridad que inspira al testador por sus condiciones personales, moralidad o probidad reconocida”. Por ello es indelegable como tal, salvo autorización expresa del testador; será difícil que esta autorización se realice en favor de persona indeterminada o a designar por el primer nombrado; lo normal será la designación por el testador de otra persona en quien concurren las mismas condiciones de confianza que para el primero, con lo que probablemente nos hallaríamos frente a otro contador-partidor sucesivo.

El cargo es también temporal y voluntario por analogía con las reglas del albaceazgo, con la excepción de la llamada prórroga tácita. Es, en principio, gratuito, aunque aquí las excepciones son más numerosas e importantes. Si el testador fijó una retribución habrá que estar a ella pues nadie mejor que él —ha dicho la Sentencia de 24-1-1978— para conocer su caudal a cuyo cargo va, *ex. art.* 1003. El criterio es discutible, máxime si se tiene en cuenta que, al contrario que en el albaceazgo, el contador-partidor suele ser profesional y por consiguiente —y al margen de la relación de confianza que le une al testador— con derecho a establecer sus propios criterios remunerativos. Esta solución, además armoniza mejor con el nuevo tipo de contador-partidor, el dativo, que crea la reforma de 13 de mayo de 1981.

Por último se trata de un cargo semipúblico. La partición realizada por el contador-partidor causa estado —expresa la Resolución de 12-12-1927— mientras no sea impugnada. El contador-partidor resulta

ser así un órgano legitimador de los efectos de su propia función, criterio éste que enlaza perfectamente con la profesionalización que aquella —la función— demanda.

III. CLASES DE CONTADORES-PARTIDORES

1. *Solidarios y mancomunados*

Es obvio que, por analogía con el albaceazgo y en virtud del imperio de su propia autonomía, el testador puede designar uno o varios contadores-partidores, con carácter mancomunado o solidario, y simultáneamente o sucesivamente. Este último supuesto reconduce al problema de la delegación junto con las otras causas de vacancia del primer encargo por analogía *ex art.* 910.

Tiene sin embargo más interés el primer caso. Los términos “mancomunados” y “solidario” resultan aquí equívocos pues no asumen su sentido técnico habitual en el campo de las obligaciones. Acogen más bien el significado con que se usan en los negocios de apoderamiento designando bien la posibilidad de actuación individual de uno de los nombrados, bien la necesidad de actuación conjunta de todos o de algunos.

Dos problemas se plantean en este punto: la viabilidad de la intervención de más de uno de los nombrados solidariamente, que habrá de admitirse cuando más de uno quiera participar en la actuación, y la cuestión del fallo o vacancia de uno de los nombrados mancomunadamente. Sobre este tema un sector doctrinal se pronuncia por la caducidad del nombramiento, mientras otro opta por la subsistencia y correlativo acrecimiento de facultades. Esta segunda posición tiene a mi juicio mayor fundamento sobre todo si se considera, y esa es mi opinión, que la naturaleza fiduciaria del encargo engendra una presunción de vocación solidaria en defecto de disposición expresa del causante.

2. *Ordinarios y excepcionales*

En segundo lugar, y en atención a su régimen, el contador-partidor puede ser ordinario o excepcional. Ordinario será el nacido dentro del marco general del art. 1057. Excepcionales, los vestigios de los antiguos distribuidores de nuestro Derecho histórico que afloran en los arts. 672, 747 y, con mayor densidad, en el 831 del Código civil.

Tiene efectivamente más importancia e interés para el tema que nos ocupa el último de los preceptos citados, porque el primero autoriza un mandato tan constreñido por su específica finalidad que limita muy estrechamente la autonomía del mandatario, y el segundo contiene un imperativo legal que no implica facultad distributiva para los albaceas a los que se les señala hasta la proporción que han de entregar del producto de la venta de los bienes al Diocesano y al gobernador civil.

Por el contrario, la delegación de la facultad de mejorar que contempla y autoriza el art. 831 implica necesaria y casi exclusivamente una facultad particional. Así lo reconocía el propio García Goyena al advertir, en el comentario al art. 900 del Proyecto, de la extensión que al encargo particional se le daba en el art. 663 del Proyecto regulador de esta delegación. Esta es también la posición que acertadamente defiende Seco Caro. Además, la propia reforma de 1981 se ha encargado de subrayar este carácter. Antes de ella, la delegación sólo podía llevarse a cabo en capitulaciones matrimoniales: anteriores a las nupcias e inmutables hasta 1975; con posibilidad de variarlas desde esa fecha. La Ley de 13 de mayo de 1981 introdujo la posibilidad de delegar la mejora también por testamento.

Ello establece ciertamente un claro paralelismo entre las modalidades de proceder a esta delegación y las autorizadas por el art. 1057 para nombrar al contador-partidor: acto *inter-vivos* o *mortis causa*.

El paralelismo aún se acentúa más si se tiene en cuenta la posibilidad revocatoria general que abre la conjunción del régimen de la reforma de 1975 con la pieza que introduce la de 1981, si bien en el caso del nombramiento por capitulaciones será necesario el concurso del otro otorgante *ex art.* 1331 del Código.

3. *Designados o dativos*

Finalmente, por el origen de su nombramiento, el contador-partidor puede ser designado por el causante, en testamento o acto *inter vivos*, y también desde la reforma de 13 de mayo de 1981, dativo o de nombramiento judicial. Aquel responde a la concepción tradicional de la figura. Este, introducido en la reforma de forma inopinada, constituye una pieza extraña que suscita bastantes dudas e interrogantes que parecen desvirtuar lo dicho con anterioridad respecto a la naturaleza fiduciaria de la institución. Merece la pena que nos detengamos un momento sobre ellos.

Efectivamente el contador-partidor dativo nace casi por generación espontánea, huérfano de antecedentes incluso prelegislativos y sin más parentesco en nuestro Derecho que con su homónimo del Derecho navarro —Ley 345 de la Compilación— de dudosa raigambre y aún a medio desarrollar.

El presupuesto para su designación es bien simple: la inexistencia de contador-partidor, con independencia de la razón de la misma. A los efectos del párrafo 2 del art. 1057 lo mismo da que el causante no haya designado contador-partidor que él haya quedado vacante o que, y sorprendentemente, ni siquiera haya testamento.

Por ello las preguntas materialmente se agolpan. ¿Se trata de una figura nueva? ¿Se trata de una figura *distinta* del contador-partidor designado por el causante? Y sobre todo, ¿mantiene su naturaleza fiduciaria? Tratemos de responderlas por su orden.

Evidentemente es una figura nueva. La naturaleza y funcionamiento de la partición realizada por un contador-partidor dativo no puede asimilarse a la llevada a cabo por un profesional encargado por los coherederos de común acuerdo; en este último caso la partición seguiría siendo contractual. Por otro lado, la Ley de Enjuiciamiento civil al regular el juicio de testamentaría, prevé el nombramiento judicial de unos contadores-partidores. Pero la intervención de estos es puramente mecánica, con muy poco ámbito de decisión, y además no altera la naturaleza judicial de la partición. Las funciones de este tipo de contadores-partidores son, como indica la Resolución de 15-7-1943, meramente actuariales. Incluso esta ausencia de parentesco queda reforzada si se observa que la remisión que el Código realiza a las reglas del nombramiento de peritos para nombrar al contador-partidor dativo se lleva a cabo directamente desde el propio Código y no a través del juicio de testamentaría.

Pero, ¿se trata de una figura distinta de la clásica? La cuestión es importante por su incidencia en el régimen jurídico que deba establecerse, y en particular en relación a la prohibición impuesta a los coherederos en el párrafo 1 del art. 1057.

Puede pensarse y así lo ha hecho un destacado autor, Lacruz, en una suerte de partición arbitral.

Nada se opone a ello, evidentemente, pero acudir al cauce de la Ley de arbitrajes requiere un compromiso unánime y un proceso especial, ele-

mentos ambos ausentes en la partición realizada por contador dativo: ni se requiere unanimidad para pedir el nombramiento pues basta con un 50% de los intereses, ni la ley fija procedimiento alguno para llevar a cabo la partición.

Creo además, que la reforma se ha llevado a cabo con la intención de equipararlo al contador-partidor tradicional, incluso privilegiándolo si tenemos en cuenta el tenor del art. 841. Más aún; pienso también que el párrafo 2 del art. 1057 es clave para entender el 1. Consecuentemente, la conclusión ha de ser que esta nueva figura participa de la misma naturaleza que el contador-partidor tradicional.

Sin embargo, aún puede surgir alguna duda respecto a su naturaleza fiduciaria. Porque efectivamente aquí no hay ya encargo alguno del causante, punto en el que se encontraba el fundamento de su carácter de encargo de confianza. Tampoco puede decirse que sea un mandatario de los herederos porque su designación es judicial. Para esclarecer esta cuestión es preciso realizar un estudio comparativo con el Derecho extranjero.

En Derecho inglés el causante puede designar un *executor*, encargado de liquidar el caudal relicto y entregar el residuo si lo hubiere a los sucesores. Pero en defecto de *executors* la *high Court Family Division* nombra un *administrator* para proceder a las mismas funciones. Entre los criterios de selección destaca por lo que nos interesa el siguiente: si hay dudas respecto a quien deba ser elegido el Juez *debe* designar el más ventajoso, tanto para los acreedores como para los beneficiarios residuales. Un dato a tener en cuenta es que hasta el mal carácter de uno de los candidatos es causa de exclusión.

A falta de interesados puede también asumir el cargo el *Public Trustee*; he aquí otro dato a tener en cuenta el *administrator* puede transformarse en *Trustee* si alguno de los beneficiarios es menor de edad y mientras no llegue a la mayoría: otro dato más. Finalmente, para facilitar su labor liquidadora y transmisiva, adquiere una titularidad fiduciaria sobre los bienes del caudal relicto.

Se observa así como trata el Derecho anglosajón de *recrear* esa particular relación existente entre el testador y el *executor*, rodeando el cargo de *administrator* de las garantías públicas precisas para que los interesados no se vean defraudados. En suma, se mantiene la relación de confianza haciéndola derivar directamente del cargo.

Algo similar ocurre en Derecho italiano donde no es casualidad que el profesional que el Juez nombra para llevar a cabo la división ex art. 733 del *Codice* es precisamente un fedatario público.

Entiendo que puede también propugnarse esta solución para el Derecho español, es decir, que es posible sostener que la naturaleza fiduciaria del contador-partidor dativo provenga *ex affitio*. No otro es el sentido, según creo del doble control judicial anterior —a la hora del nombramiento— y posterior —aprobación— de la partición realizada por el comisario dativo. El órgano judicial debe asumir el delicado papel de garante de la fiducia a través de estos dos mecanismos de control. En definitiva la confianza en un correcto hacer y desempeñar el cargo es el ingrediente que ha de estar presente en mayor proporción en la amalgama de intereses en presencia. El carácter predominantemente técnico de las funciones que el contador-partidor dativo debe realizar no es obstáculo a su naturaleza fiduciaria; antes bien objetiva y dota de independencia a su actuación. No olvidemos, y aquí sí puede encontrarse un factor diferencial, que en este supuesto la confianza ha de suscitarse en los sucesores.

IV. NOMBRAMIENTO DEL CONTADOR-PARTIDOR

1. *Capacidad*

De los varios temas que han de ser abordados en relación al nombramiento de contador-partidor, el primero lógicamente es el relativo a la capacidad. Al respecto el Código no puede ser más explícito. El testador podrá nombrar a “cualquier persona” dice el art. 1057. Es decir, en principio el Derecho no exige una capacidad especial para poder desempeñar el cargo; basta pues, al igual que en los supuestos del albacea (art. 893) y del mandatario (art. 1716), la capacidad general para obligarse, sin más cualificaciones. Una legitimación tan amplia permite colocar en pie de igualdad para acceder al cargo a personas que, como consecuencia de disminuciones en sus capacidades físicas, experimentan ciertas restricciones en la de obrar. Tal sería el caso del analfabeto, apto en principio para ser nombrado ya que no tiene por qué realizar materialmente la partición.

Este es también el momento oportuno de abordar dos temas específicos dentro del más genérico que ahora nos ocupa. El primero, por vía de sugerencia, el de la institucionalización del carácter técnico que pre-

sentar la partición. La cuestión ofrece gran interés práctico, sobre todo en relación con el nombramiento del contador-partidor dativo sobre que el Código guarda un silencio total y peligroso; acaso un cuerpo de profesionales libres, previamente habilitados, pudiera resolver este problema. El segundo de los temas enlaza con una cuestión ya clásica y podría formularse así: ¿pueden ser contadores-partidores las personas jurídicas? Parece evidente que la regla legal está pensando sólo en las personas naturales; pero es también evidente que la formulación normativa no excluye a las jurídicas. El Derecho inglés, más explícito, si acoge la posibilidad de que sean *executors* dos tipos de entidades: las llamadas *sole corporations* y *trust corporations*.

El Derecho español guarda silencio. Es obvio que no hay problema en el Derecho navarro en virtud de la fuerza soberana de la libertad civil. De aquí podría inducirse un principio paralelo para el sistema del Código: silencio legal y autonomía privada. La vía analógica con el albaceazgo avala también esta conclusión: hace ya tiempo que ha venido defendiéndose con buenos argumentos la legitimidad del nombramiento de una persona jurídica como albacea. Añádase a éste el proceso de potenciación que las personas jurídicas están experimentando en sede de Derecho de la persona y de la familia baste mencionar al respecto los proyectos de reforma de la tutela o la normativa sobre minusválidos. Por ello parece que la respuesta a la pregunta formulada puede y debe ser afirmativa.

Pero junto a la regla general de capacidad del Código señala una prohibición la de no ser coheredero. La fórmula legal es escueta y por ello fuente de problemas. Tal vez se eche en falta un elenco más particularizado de personas excluidas como el que contiene la Ley 341 de la Compilación navarra aunque también respecto a ésta cabría interrogarse acerca de su naturaleza, imperativa o dispositiva.

La prohibición en el Código suscita por lo menos las siguientes cuestiones: primera ¿qué carácter tiene este inciso final del párrafo 1º del artículo 1057?; segunda: ¿puede ser contador-partidor el coheredero que renuncia a su condición?; tercera: ¿puede serlo el legatario?; cuarta: ¿puede serlo el legitimario?; y quinta: ¿puede serlo el cónyuge viudo? Trátemos de dar respuesta a cada una de ellas.

En cuanto a la primera, el inciso final imperativo supone una restricción de la capacidad, por lo que debe ser objeto de una interpretación restrictiva que iluminará la respuesta a las demás preguntas. La ra-

tio de la norma radica en garantizar la necesaria imparcialidad —por ausencia de interés— del contador-partidor en una labor de tan decisivas consecuencias patrimoniales.

Es por ello comprensible que se excluya al coheredero. Pero aquí topamos ya con la segunda pregunta: ¿qué ocurre si renuncia? La respuesta ha de ser afirmativa si el llamado renuncia pura y simplemente porque en este caso no llega a adquirir la cualidad de heredero; pero es negativa si la renuncia se hace en favor de otro, ha dicho la Sentencia de 18-6-1962, por aplicación del art. 1000, n° 1 del Código: previamente el cedente ha adquirido la cualidad de heredero que excluye su posible acceso al cargo de contador-partidor.

Por el contrario, tercera cuestión, el legatario puede en principio ser contador-partidor incluso si lo es de usufructo de una parte alícuota de la herencia.

La resolución de 30-6-1956 entiende con buen criterio que continúa tratándose de un llamamiento a título singular, extremo éste de gran importancia para lo que más adelante se dirá; en cambio no podrá serlo el legatario de parte alícuota por la misma razón que fundamenta la exclusión de los coherederos.

Cuarta interrogante; ¿y el legitimario? Admitida modernamente la disociación entre su cualidad de legitimario y el título de heredero —la básica discusión sobre la relación entre el art. 807 y el 815—, cabe responder afirmativamente a la pregunta cuando no sea instituido heredero. La solución se refuerza al fundarla en la eficacia impulsora de la *causa fiduciae* que impregna toda la relación y en la interpretación restrictiva de la norma prohibitiva, entendiendo heredero en su estricto sentido técnico.

Finalmente, el cónyuge viudo. Doctrina y jurisprudencia se muestran unánimes a la hora de excluirlo por asimilación al heredero. Criterio bien fundado, pero que acaso convenga revisar a la luz de las nuevas tendencias legislativas. Efectivamente, pensemos, en primer lugar, que el cónyuge es un legitimario de naturaleza cualitativamente distinta de la de los demás; que su llamamiento lo es a título singular, enlazando desde el punto de vista material con lo que acaba de decirse respecto al legatario de usufructo de parte alícuota; que puede ser partidor siquiera sea excepcional *ex. art. 831*, cuya nueva redacción remarca más sus connotaciones sucesorias; por último, que el sistema no recela tanto de la relación sucesoria de confianza —véase si no el art. 26 de la Ley de

24-12-1981— respetando con mayor plenitud la autonomía de la voluntad testamentaria.

Acaso la conjunción de estos argumentos preste base para diferir con fundamento de la posición tradicional.

2. *Forma del nombramiento*

El segundo de los grandes temas que afloran en sede de nombramiento del contador-partidor es el referente a la forma o título de investidura, bastante diferente según se trate del voluntario o del dativo.

En el caso del voluntario el título tiene siempre una especificidad propia, aunque formalmente se encuentre integrado en un instrumento de diferente finalidad, testamento o acto *inter-vivos* lo llama el Código. Para el primer supuesto vale cualquier clase de testamento, incluso los especiales, si bien la designación caducará con ellos. No obstante, la especificidad del negocio de nombramiento supone una cierta autonomía respecto a determinados supuestos de ineficacia testamentaria. Así la revocación total, sobre todo si es tácita, implica por lo menos un proceso de integración de la voluntad del testador. Así también la nulidad parcial permite la validez del nombramiento; el principio *favor testamenti* y la analogía con los arts. 792 y 814 reformado así lo hacen suponer, por el contrario, la nulidad total del testamento apareja la de cuantas disposiciones se contengan en él.

Por acto *inter-vivos*, en expresión del Código, el nombramiento puede hacerse bien sustantivamente bien integrado formalmente en otro instrumento; lo normal serán capitulaciones, la primera hipótesis plantea el problema de la forma. Hay quien piensa que esta debe ser la escritura pública por analogía con el art. 1280.5 del Código civil.

Otros se inclinan por la libertad *ex art.* 1278, criterio preferible, en mi opinión, que enlaza con la posible designación en testamento no notarial. Así pues basta que conste.

Hay, además otra segunda cuestión. En el supuesto de un nombramiento con acto *inter-vivos* ¿es precisa la existencia de un testamento anterior o posterior?; téngase en cuenta que el art. 1057.1 habla de testador; por eso, la doctrina y jurisprudencia han optado por esta necesidad. Ahora bien, sin embargo, la solución puede ser la contraria porque el párr. 2º del art. 1057 viene a clarificar la cuestión al extender la desig-

nación de contador-partidor también a la sucesión intestada, lo que indica que ya no repugna al legislador la posible falta de testamento.

Añádase a este razonamiento, el dato de que el art. 899 del Proyecto de García Goyena no hablaba de testador sino de *difunto*. Además, un argumento *a fortiori*: si, cuando no hay testamento, el 50% de los interesados pueden solicitar un contador-partidor dativo, con mayor razón podrá designarlo el causante en acto no testamentario pues representa el 100 por 100 del interés finalmente; lo mismo da fallecer intestado que con un testamento vacío de contenido patrimonial (vg. *ex art.* 814), pero con un nombramiento válido.

El contador-partidor dativo es designado por el Juez siguiendo las normas procesales del nombramiento de peritos: es decir, acuerdo, que no será ni fácil ni frecuente, sorteo o designación directa. Habrá que estar, pues, a la Ley procesal en lo que se refiere también a las prohibiciones. El Código no dice entre quienes habrá de nombrarse y las normas rituarías no son suficientes; no hay expertos por ahora, en la profesión, arte u oficio de contar y partir. Lo normal es pensar, principal aunque no exclusivamente, en profesiones jurídicas. Pero esa misma ambigüedad e insuficiencia relanza la idea ya apuntada de la habilitación específica.

3. Revocabilidad del nombramiento

¿Es revocable el encargo? No parece haber duda cuando va integrado en un acto *mortis causa*, esencialmente revocable por naturaleza. El problema surge cuando se realiza por acto *inter-vivos*. Hay, sin embargo, que tener en cuenta que la nitidez de la dicotomía acto *mortis causa* = revocable, acto *inter vivos* = irrevocable, está hoy muy difuminada.

A esto hay que añadir que el Código no dice que la designación sea un acto *inter vivos*, sino que se haga por contrapuesta en su sentido más general y formal a acto *mortis causa*. Así queda a salvo la verdadera naturaleza del acto de designación que será siempre *mortis causa* y, por tanto, revocable. A esta misma conclusión se llega a través de la vía analógica, bien con el art. 831, bien con el 1732. n° 1 —en sede de mandato— por desaparición de la base fiduciaria del negocio.

De lo dicho se desprende que la aceptación del cargo ha de ser *post mortem*; en vida no tendría sentido, dada la revocabilidad de la comisión. Por tanto se aplicarán analógicamente las reglas correspondientes

al albaceazgo y subsidiariamente las del mandato, por lo que cabe la aceptación tácita.

V. FUNCIONES DEL CONTADOR-PARTIDOR

Las funciones del contador-partidor pueden resumirse en una expresión bien gráfica: contar y partir. El Código habla de “simple facultad”. Enseguida veremos que es dudoso que se trate de una facultad y que, desde luego no es tan simple. Ni el contador-partidor tiene un derecho ni una facultad, aunque su decisión prevalezca frente a los coherederos; más bien asuma una obligación o, mejor todavía, ingresa en un cargo semipúblico que se desenvuelve en un complejo haz de facultades y funciones, cualificadas todas ellas por su finalidad última. De aquí se deduce por qué no es tan simple esta actuación; por ello hay que entender la expresión legal como sinónimo de concreta o de única.

Este haz de facultades y funciones sí es delegable lo que no implica delegación del cargo en la medida en que el titular asume el resultado como realizado por él. Así es posible articular relaciones de mandato o arrendamiento de servicios profesionales, aunque siempre con este carácter auxiliar y subordinado.

Concretamos ahora cuáles son estas funciones.

Doctrina y jurisprudencia han delineado un elenco de actividades, indubitadamente particionales unas, y de discutible y discutible carácter particional otras.

Las primeras incluyen todos los grandes hitos del proceso liquidador: inventario —tanto de activo como del pasivo—, avalúo la liquidación propiamente dicha —deducción de pasivo y activo—, fijación de haberes, división o formación de lotes y adjudicación.

Pero a estos pasos fundamentales se imponen como previas o se insertan como complementarias otra amplia gama de funciones cuya naturaleza estrictamente particional es al menos dudosa.

Saltando etapas del razonamiento para no perdernos en disquisiciones que alargarían la exposición podemos fijar la siguiente lista de funciones consideradas también como propias del contador-partidor, e incluidas en su ámbito normal de desenvolvimiento:

— La liquidación de la sociedad de gananciales, con el cónyuge superviviente, criterio mantenido por la jurisprudencia, a pesar de que es considerado poco correcto por Lacruz y Sancho; lo admite expresamente el Derecho navarro (Ley 340 de la *Compilación*).

— La interpretación del testamento. Una de sus funciones más peculiares, según expresa la Resolución de 28-4-1945, para la que no necesita autorización expresa. Incluso puede —había dicho antes la Resolución de 30-3-1910— corregir lo mal hecho.

— Elegir la cosa con que cubrir la mejora. Es opinión de Vallet.

— Fijar las reservas: Resolución de 14-4-1969.

— Pagar deudas, levantar cargas y hasta fundar obras pías. Otra vez la Resolución de 28-4-1945.

— Pagar los legados: Resolución de 27-2-1982.

— Colacionar. La colación es calificada como “acto particional” por la Resolución de 9-3-1927.

— Calificar el derecho de acrecer, problema evidentemente interpretativo que emana de tal facultad más genérica.

— Adjudicar cosas indivisibles: Resolución de 6-4-1962.

— Calcular las legítimas como presupuesto de la fijación de haberes.

— Pagar la legítima en dinero, con una particularidad: la que dimana de la nueva redacción del art. 841. Según ella el contador-partidor designado o tradicional puede hacerlo siempre que cuente con autorización expresa del testador. Sin embargo, el contador-partidor dativo tiene tal facultad por directa concesión legal a tenor de lo que dispone el párrafo 2º del mencionado precepto. Salvo que se entienda que la autorización del testador deba sustituirse por la unánime de los coherederos, lo que parece muy forzado y poco viable, el contador-partidor dativo aparece privilegiado por la Ley con una importante facultad que no se incluye en el conjunto de la variante clásica.

Por el contrario quedan excluidas las siguientes actividades:

— La conmutación del usufructo vitalicio. Según Gullón, y es opi-

nión que parece correcta, se precisa la autorización de los coherederos.

— Calificar la preterición, función que va más allá de la pura interpretación del testamento para constituir un acto de verdadera aplicación del Derecho.

— Adjudicar bienes en pago de deudas. La Resolución de 20-9-1982 califica este acto como enajenación puesto que los bienes no van destinados a los inmediatamente llamados al caudal.

— En general, la administración de la herencia, aunque haya actos liquidatorios —por tanto, permitidos— encuadrables dentro de un concepto amplio de administración.

Entiendo, sin embargo, que tiene más interés práctico el estudio de los criterios inspiradores de las soluciones posibles que la concreta enumeración de facultades incluidas o excluidas dentro de la actividad del contador-partidor. Y estos criterios pueden extraerse de las distintas voluntades que confluyen en el proceso de partición.

Estas son, la del causante, la del contador-partidor y la de los coherederos.

La autonomía de la voluntad del causante es la Ley soberana que regula la sucesión hasta su culminación. A lo largo de ese proceso prevalece sobre cualquier otra fuente jurídica que no sea el Derecho imperativo. En consecuencia el causante puede encomendar al partidor las funciones que quiera y como bien le parezca, incluso las excluidas si lo hace indubitadamente. No por esto se altera la naturaleza del comisionado, ni se convierte en albacea. Así, por ejemplo, puede fijar plazo para aceptar el encargo y señalar desde cuándo debe empezar a contarse; así también puede conferir la facultad de administrar al partidor, o la de partir al administrador. No hay más límite que el citado antes de la culminación del proceso.

Consecuentemente el contador-partidor se encuentra siempre subordinado al causante. Debe acatar su voluntad, interpretarla para averiguarla, pero no soslayarla, ni muchos menos transgredirla. Así la extralimitación supone la impugnabilidad del acto. Pero, dentro de este marco y del formado por el Derecho imperativo su autonomía también es plena y prevalece sobre la de los coherederos en caso de oposición, si bien es posible la integración con ella. Tal fue el supuesto de la Resolución de 14-8-1959 en que se acordó considerar al preterido como heredero.

ro y la partición se llevó a cabo sobre este supuesto. El poder del contador-partidor, pleno en un primer momento, va como difuminándose a medida que se aproxima el instante final.

Justo lo contrario ocurre en el caso de los coherederos. El ámbito de su volumen va aumentando a lo largo del proceso y, si en un principio, estaba sometido al del causante y al del contador-partidor, al final es pleno.

Por eso pueden aprobar lo impugnado, confirmando y ratificar lo extralimitado. Por eso también se ha planteado el tema de si esa soberanía, a la que la jurisprudencia considera prevalente incluso al testamento —Sentencia de 18-1-1964—, lo es también respecto a la gestión del partidor.

En otras palabras, ¿pueden los coherederos excluirle antes o después de su actuación? El Fuero Nuevo de Navarra responde afirmativamente a la cuestión (Ley 344). Pero en el ámbito del Código civil la solución es menos clara. Autores de prestigio hay que han optado también por la afirmativa. Conviene, sin embargo, matizar como lo hace García García. La exclusión del partidor es posible si su nombramiento se hizo bajo cláusula de no estorbar u otra similar. No lo es cuando hay prohibición expresa del testador, si concurren menores a la partición o si el encargo contiene una encomienda de atribuciones por encima del interés de los coherederos. Parece que en tales casos una demanda del partidor podría prosperar. Sin embargo es más dudosa su efectividad aunque fuese acogida la petición.

Las fórmulas privadas de recomposición de sus intereses que el principio de autonomía pone en manos de unos coherederos puestos de acuerdo serían infinitas. Con lo que, *de facto*, la exclusión del contador-partidor aparece como posible en todo caso.

VI. REALIZACION Y EFECTOS DE LA PARTICION

1. La realización de la partición y su eventual aprobación

Siendo la partición por comisario una partición privada el acto de realizarla es también un acto privado. Incluso cuando interviene un contador-partidor dativo cuya actividad precisa de una ulterior aprobación. Se trata, pues de un acto incompleto *per se*, pero esta aprobación

puede también ser privada si proviene de la totalidad de los coherederos. La judicial es, en consecuencia, subsidiaria y no me parece que con este carácter pueda desnaturalizar publicándolo, el carácter privado del acto.

Es también la partición un acto unilateral en todo caso, incluso cuando los contadores-partidores sean varios, solidarios o mancomunados. Así lo expresa con razón la Sentencia de 11-4-1976 porque, como es evidente, la actuación de esa pluralidad de partidores no implica contraposición de intereses, sino que es unidireccional.

En este punto concreto de realización de la partición aparece por segunda vez en el precepto que estamos analizando un inciso de Derecho necesario que, como indica la Sentencia de 11-4-1967, supone una excepción al paralelismo existente entre la partición por el causante y la hecha por el partidor. Se trata de la citación para inventario de coherederos, acreedores y legatarios que impone el párrafo 3º del art. 1057, cuando alguno de los primeros sea menor de edad o esté sujeto a tutela. Que este requisito es insoslayable lo demuestran las consecuencias de su infracción que enseguida veremos y lo justifica su propia *ratio*: la garantía de los menores.

Tal requisito se desdobra en dos momentos. El primero consiste en la previa citación que se hará, como expresa la Sentencia de 23-12-1976 con buen criterio, a todos los interesados, incluso a los coherederos mayores de edad y a los representantes legales de los que no lo sean. No se requiere para realizarla una forma específica; bastará que sea auténtica. Y tampoco es precisa la asistencia de los citados al acto de inventario; el precepto obliga sólo a citar.

El segundo momento es el inventario. Este pasa, de ser un eslabón lógico del proceso particional, a convertirse en requisito, aunque su mayor peculiaridad estriba en la intervención que se da en el mismo a todos los interesados.

El inventario es una operación privada, incluso si el partidor es dativo. Tampoco es necesario seguir una forma especial; a falta de normas serán los usos los que indicarán como debe practicarse.

El incumplimiento del requisito que estamos analizando produce, según la Sentencia de 23-12-1976, no la nulidad, sino la anulabilidad de la partición, declaración ésta bien expresiva del régimen a seguir en cuanto a la impugnación y plazos para ejercitarla. La legitimación corresponde

a los interesados no citados o a cualquiera de ellos si el inventario no llegó a realizarse.

Por lo demás, las restantes operaciones particionales se acomodan al esquema típico, sobradamente conocido y ya descrito. El plazo para concluir la partición se fijará por analogía con el del albaceazgo en defecto de señalamiento por el testador o el juez y, por esta misma razón —art. 906— será prorrogable por el testador o los coherederos. El tema del plazo plantea el problema de la eficacia de la partición realizada fuera de plazo. La resolución de 30-1-1911 sostuvo la validez de la misma si era aprobada por los coherederos; se trataba, pues, de una mera anulabilidad. Sin embargo la Sentencia del Tribunal Supremo de 30-10-1970 se inclina, quizá un tanto exageradamente, por la nulidad radical. Esto supone, no ya imponer una variación de criterio a la Dirección General sino también la obligación de sus funcionarios —también Notarios y Registradores— de apreciarla de oficio. Pero la Sentencia de 25-2-1980 reafirma el más saludable criterio de la Dirección General: la anulabilidad es más respetuosa con la autonomía de los coherederos, responde mejor al principio *favor partitionis* y permite la impugnación durante cuatro años. Tiempo más que suficiente para llevarla a cabo por quien se crea perjudicado por el sólo hecho de haberse realizado fuera de plazo.

La forma del cuaderno particional es en principio libre; las reglas formales son precisas sólo para que alcance la plenitud de su eficacia, sobre todo registral, a través de la protocolización.

Cuestión de más enjundia jurídica y mayor especificidad que las que acaban de exponerse es la de la aprobación de la partición.

Cuando el contador-partidor ha sido designado por el causante, tal aprobación no es necesaria ni siquiera cuando hay menores interesados. Esto naturalmente no quiere decir que toda partición por principio esté bien hecha, sino que la defensa de los eventuales perjudicados se orienta hacia la impugnación y no hacia la simple negativa a prestar su aprobación. Ellos es coherente con el carácter de acto completo per se que ostenta el particional y con su prevalencia hasta tanto los Tribunales no se pronuncien al respecto, extremo éste que veremos a continuación. Es sin embargo, frecuente que los coherederos autoricen con su firma el cuaderno particional. Esto puede significar una de dos cosas. O que, en primer lugar, se trate de una partición conjunta de partidor y coherederos, figura sin regular pero que, al no estar prohibida, aparece como legítima a la luz del principio de autonomía; o que, en segundo lugar, la interven-

ción de los coherederos se produzca con otros significados. En este último supuesto la firma de los coherederos puede no tener una finalidad estrictamente particional sino orientarse a otros objetivos, vg. aceptar la herencia ex art. 1000 o dar conformidad a la liquidación de la sociedad de gananciales. Pero también puede tener fines particionales. Sin embargo, en los supuestos normales esta intervención meramente formal de los coherederos es tal como acabo de decir, completamente innecesaria. Ni siquiera priva al acto de su carácter unilateral según ha declarado la Resolución de 6-3-1930. Es en los supuestos patológicos donde la intervención adquiere un mayor relieve. En tal caso implica, bien la confirmación de una partición impugnada, es decir, la válida renuncia a la facultad de impugnar, bien la ratificación de una partición extralimitada.

Distinto es el supuesto del contador-partidor dativo, cuya actuación precisa la aprobación judicial salvo confirmación expresa de todos los coherederos y legatarios. La expresión "confirmación" resulta equívoca —¿sería anulable sin ella la partición bien hecha?— y más parece remitir a los llamados negocios de asentimiento para dotar a la actuación del partidor dativo de la plenitud de su eficacia material. Se justifica así que coherederos y legatarios autoricen con su firma el cuaderno particional: se cumple con ello un requisito legal. Por su parte, la aprobación judicial también plantea algunos problemas. Evidentemente el Juez tiene facultades de control, pero ha de usarlas con prudente arbitrio. No puede demorar la aprobación indefinidamente, ni denegarla si la partición es correcta; en ambos casos incurriría en responsabilidad. Debe, por el contrario, denegar la aprobación de la partición lesiva o que infrinja la ley. En este caso y ante el silencio legal, parece lo más lógico la concesión de un nuevo plazo o, incluso, el nombramiento de otro contador-partidor. Pero también puede ocurrir que el Juez apruebe una partición mal hecha. Esto, en mi opinión, ni subsana, ni convalida. Entiendo que las vías ordinarias de impugnación siempre han de quedar abiertas por sus cauces normales. Y ello sin perjuicio de la responsabilidad del Juez quien, al menos como indicio de la incorrección, contaba con el dato previo de la falta de unanimidad en la confirmación por parte de herederos y legatarios. Hay que advertir sin embargo que las lagunas en este punto son grandes y han de constituir, sin duda, otras tantas fuentes de problemas prácticos y procesales: por ejemplo, ¿ante quién se impugna? ¿ante el mismo Juez que aprobó? ¿Cómo se recurre ante la denegación infundada? Tal vez el proceso incidental, a que tan aficionado parece el legislador de la reforma, pudiera resolver estas dudas.

De todas formas, siempre será conveniente una disposición expresa.

2. Efectos de la partición realizada

Los efectos de la partición realizada por contador-partidor son los generales y propios de toda partición. El principio *favor partitionis* brilla con especial fulgor pues, a virtud de ese paralelismo afirmado respecto a la partición por el causante, las Sentencias de 25-4-1963, 17-6-1963 y 4-11-1967 han declarado que hay que estar y pasar por ella mientras no lesione la legítima.

Tan tajante afirmación no es del todo exacta y el propio Tribunal Supremo se ha encargado de matizarla. Así, en primer lugar, y al igual que las demás clases de partición, la realizada por contador puede ser rectificadora, complementada —incluso fuera de plazo si el contador se reservó tal facultad— y, por supuesto impugnada.

Respecto a este punto habría que distinguir aquellas causas de impugnación comunes con las restantes clases de partición y las específicas de la partición por contador-partidor. La Sentencia de 31-5-1980, recopilando la jurisprudencia anterior, traza un excelente esquema de los motivos de nulidad que sólo dan lugar a aquella por la “carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto (...) la falta de algún elemento esencial” o la ilegalidad.

Se trata en suma de llenar el molde abstracto de la teoría general del negocio jurídico con los concretos supuestos aplicables a la partición. Referidos al partidor hay que entresacar de los supuestos citados en la S. su falta absoluta de consentimiento y la liquidación por sí solo de la sociedad de gananciales. Las Sentencias de 2-11-1957, 13-10-1960, 25-11-1965 y 17-1-1975 también admiten causas de impugnación procedentes de la teoría del negocio jurídico y comunes a toda clase de particiones.

Sin embargo hay más supuestos específicos: la ineptitud del contador —minoría, incapacidad, cualidad de heredero— hace nula la partición. Su realización fuera del plazo o prórroga, la hace anulable, meramente. Por esto el vicio puede subsanarse.

Junto a ello la partición por contador-partidor plantea asimismo problemas específicos en relación a las causas genéricas.

Un ejemplo de ésto lo tenemos al abordar el tema de la rescisión. El art. 1073 remite al 1291, pero es evidente que los números 1 y 2 de éste no son aplicables en ningún caso a la partición realizada por contador-

partidor designado por el causante. Podría aplicarse a la hecha por contador-partidor dativo si la confirmación del representante fuese lesiva, sin perjuicio de la responsabilidad de éste, pero el ámbito del precepto resulta verdaderamente escaso frente al cauce que ofrece el art. 1074.

Ahora bien, el primer problema que plantea éste es su aplicabilidad a la partición realizada por comisario. La razón es que ésta, según hemos visto, se considera por la jurisprudencia en buena medida análoga a la del causante que sólo está sometida a los límites impuestos por el art. 1075: lesión de la legítima o constancia de ser otra la voluntad del testador. Así lo han declarado las Sentencias ya citadas de 25-4-1963, 17-6-1963 y 11-4-1967. No obstante, el Tribunal Supremo no se ha planteado mayores problemas a la hora de rescindir esta modalidad de partición: así las Sentencias de 7-12-1965, 25-2-1980 ó 31-5-1980. El criterio parece correcto porque se basa en la alteración de la proporcionalidad querida por el testador, lo que sin duda supone una extralimitación del ámbito del encargo. Es más, la última de las Sentencias citadas considera también meramente rescindible la partición realizada con lesión en la legítima, aunque sea inferior al *quantum* legal.

Es obvio que el Tribunal Supremo ha optado, con acierto, por una ineficacia de grado menor en aplicación del principio *favor partitionis*.

Nada impide la extensión de esta solución al caso de partición realizada por un contador-partidor dativo. En esta hipótesis entiendo que la confirmación por los coherederos exigida por el Código enerva la impugnabilidad; pero a falta de esta confirmación, y aunque sea aprobada judicialmente la partición; será rescindible por lesión *ex art. 1074* del Código, cuando concurra el *quantum* lesivo que el precepto señala.

VII. EXTINCION DEL ENCARGO

Como en tantas otras cuestiones, nada dice el Código civil sobre la extinción del cargo de contador-partidor. Bueno será adoptar, para resolver este punto, una posición metodológica distinta. Recordemos en efecto, que nos encontramos en la sede sistemática de la partición de la que la realizada por comisario es sólo una de sus variantes. La partición culmina con la entrega a cada coheredero de un cuerpo cierto de bienes equivalentes a su cuota primitiva. Y en este punto es donde debe ya dejar de hablarse de partición.

Trasladando lo antedicho nuevamente al eje de la exposición, es decir, al comisario, no supone reconocer que el cumplimiento del encargo implica la extinción del mismo, puesto que se trata de una encomienda con una finalidad particular y muy concreta. Podría decirse que se trata de un último y atípico efecto de la realización de la partición. En él se contiene, además una importante nota diferencial del comisario con el cargo de albacea. Ya ha quedado apuntada anteriormente.

Se trata de la rendición de cuentas, implícita en toda partición correctamente realizada y firme. Así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo.

Por lo demás, y ante la ausencia de normas específicas, serán aplicables por analogía las causas de extinción previstas para el albaceazgo en el art. 910 del Código civil.

VIII. *RECAPITULACION*

Como habrá podido apreciarse, la investigación realizada se ha vertebrado en torno a cuatro pilares fundamentales: la llamada fiducia sucesoria, en primer lugar y ocupando un lugar prevalente; en segundo, el criterio de la profesionalidad, que considero como el más conveniente para albergar en lo sucesivo la figura del contador-partidor; en tercer lugar, el principio de autonomía de la voluntad, estudiado desde su triple fuente de proyección —causante, contador-partidor y coherederos— integrado además por los mecanismos analógicos e interpretativos; y en cuarto, ese mínimo contenido imperativo del Derecho sucesorio —capacidad, forma y legítimas— que dibuja las líneas de cerramiento que la fuerza configuradora de los particulares no puede traspasar.

Tal vez sorprende ver la heterogeneidad de los ingredientes. Pero entiendo que es evidente la voluntad del legislador de potenciar la figura estudiada para evitar largos y costosos litigios. Por ello, pese a su disparidad, creo que la conjunción de estos elementos puede constituir un hilo conductor del estudio de esta institución dotándola de nuevas perspectivas y posibilidades.