

Partición por contador-partidor: imposibilidad de pagar en dinero las legítimas cuando el adjudicatario de los bienes deja transcurrir el plazo previsto en la ley. Comentario a la RDGRN de 11 de enero de 2018 (RJ 2018, 49)

BIB 2018\10406

Andrés A., Domínguez Luelmo. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Valladolid.

Publicación:

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num.107/2018
Editorial Civitas, SA

Resumen

«La legítima del Código civil debe pagarse, en principio, con bienes de la herencia. Para que las legítimas puedan pagarse con dinero no hereditario, es necesario una previsión específica del testador: o bien realizando él mismo la partición al amparo del artículo 1056 del Código civil, o bien concediendo al adjudicatario o adjudicatarios de los bienes (o autorizando expresamente al contador-partidor) la facultad de pago en metálico por la vía de los artículos 841 a 847 del Código civil. Cuando el testador se limita a dejar a unos hijos lo que por legítima les corresponda, y prevé solamente que ésta les sea satisfecha en dinero, se puede interpretar también que estamos ante simples reglas sobre la manera de hacer la partición. Por ello el contador-partidor nombrado en el testamento puede adjudicarles bienes en pago de su legítima cuando no exista metálico suficiente en la herencia, y hayan transcurrido los plazos a que se refiere el artículo 844 del Código civil.»

Abstract: «According to the Civil Code, the legitime must be paid with inheritance assets. Legitime can only be paid with non-inheritance money if the testator has specifically provided it by making himself the partition (article 1056 Civil Code) or by allowing to it to the receiver of the inheritance assets (articles 841 to 847 Civil Code). When the testator has merely left the legitime to some of the children, and has only disposed that it must be paid with money, it may be concluded that these are partition rules. Consequently, the counter-splitter designed by will can give them assets to pay their legitime if there is not enough money in the inheritance, and if the terms referred in article 844 Civil Code have elapsed.»

Palabras clave

Partición, Contador-partidor, Legítimas.
Partition, Counter-splitter, Legitime.

I. El problema de la naturaleza jurídica de la legítima como cuestión previa.

La resolución objeto de comentario plantea básicamente tres cuestiones. La primera es, de alguna manera, previa a las demás, y se refiere a la naturaleza jurídica de la legítima del Derecho común, especialmente desde la perspectiva de la necesidad de que se atribuya, por regla general, en bienes de la herencia. En segundo lugar, y teniendo en cuenta que diversos preceptos admiten con carácter excepcional que la legítima sea abonada en metálico, se examina si el dinero con el que pagar la legítima debe ser hereditario o extrahereditario. Finalmente, son objeto de análisis las facultades que tiene el contador-partidor en orden a la satisfacción de los derechos de los legitimarios.

Una cuestión previa, que está presente a lo largo de toda la Resolución objeto de comentario, es la relativa a la naturaleza jurídica de la legítima del [CC](#) : si el legitimario es en toda caso heredero, si tiene derecho a que se le pague su legítima en bienes hereditarios, y cuál es su posición jurídica en los casos en que se admite el pago de la legítima en dinero extrahereditario. En esta Resolución se mezclan –creo que de manera inadecuada– los conceptos de *pars bonorum* y *pars hereditatis* , lo que hace preciso aclarar previamente algunas cuestiones.

Por lo que se refiere a cuál sea la naturaleza jurídica de la legítima, en el régimen del CC ha podido inducir a confusión el dato de que se denomine a los parientes con derecho a la misma como «herederos forzosos» (artículos 806 y ss. CC). Algunos autores (paladinamente Peña Bernaldo de Quirós, M., «La naturaleza de la legítima», *ADC* , 1985, pp. 849 y ss.; y más recientemente, Rodríguez-Rosado, B., *Heredero y legitimario* , Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2017, *passim* , especialmente pp. 135 y ss.) han considerado que ello implica que la legítima es *pars hereditatis* , en el sentido de que debe ser satisfecha con bienes hereditarios, teniendo el legitimario derecho a una cuota del activo y pasivo del patrimonio del que era titular el causante en el momento de abrirse la sucesión. Esta manera de enfocar las cosas ha tenido su reflejo en algunas sentencias, de manera especial en las [SSTS de 31 de marzo de 1970 \(RJ 1970, 1854\)](#) , 8 de mayo de 1989 ([RJ 1989, 3673](#)) y [26 de abril de 1997 \(RJ 1997, 3542\)](#) . No obstante, si exceptuamos esta última (en la que se alude expresamente a la cotitularidad del pasivo), en las anteriores lo que se quiere subrayar es que estamos ante *cotitulares directos del activo hereditario* y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en las hipótesis excepcionales en que la legítima se puede pagar con dinero extrahereditario. Así en la STS de 8 de mayo de 1989 ([RJ 1989, 3673](#)) se destaca «el carácter de cotitular de todos los bienes hereditarios del legitimario en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectos, entre tanto, todos los bienes relictos, careciendo el heredero testamentario de facultades dispositivas sobre ellos en tanto subsista la comunidad sin que pueda enajenar por sí solo bienes determinados si no es con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en la partición».

La mayoría de la doctrina, no obstante, considera en la actualidad que la legítima se configura como *pars bonorum*, postura que se recoge en los [artículos 806](#) , [813](#) y [815 CC](#) [Vallet de Goytisolo, J.B., *Apuntes de Derecho Sucesorio* , INEJ, Madrid, 1955, pp. 584 y ss.; Torres García, T.F., «Legítimas, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro* , APDC, Universidad de Murcia, 2006, pp. 191 y ss., y «La legítima en el Código civil», en Álvarez González, S. (Ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones* , Santiago de Compostela, 2009, pp. 307 y ss.; Torres García, T.F. – Domínguez Luelmo, A., «La legítima en el Código civil (I)», en Gete-Alonso y Calera, C. (Dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones* , II, 2ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 356 y ss.]. Con ello se quiere poner de relieve que la legítima tiene que ser pagada con bienes de la herencia, esto es *in natura* , y el legitimario debe recibir una parte del activo líquido, deducidas las deudas, y no necesariamente en concepto de heredero. En realidad, los legitimarios solo serán herederos si así han sido instituidos como tales por el testador, pues el [artículo 815](#) CC permite dejarles la legítima «por cualquier título», lo que incluye el legado o la donación [Domínguez Luelmo, A. «Comentario al [artículo 806](#) CC» en Domínguez Luelmo, A. (Dir.) *Comentarios al Código civil* , Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 924; Hidalgo García, S. «Las legítimas», en Crespo Allue et al., *La sucesión hereditaria y el juicio divisorio* , Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 205].

En aquellos casos en que el testador se limita sin más a reconocer el derecho a legítima, entiendo que el [artículo 806](#) CC configura igualmente la legítima como una porción de bienes, siendo su naturaleza la de *pars bonorum* , lo que significa que, en estos casos, la legítima debe ser pagada con bienes de la herencia, *in natura* . Aunque la citada [STS de 26 de abril de 1997 \(RJ 1997, 3542\)](#) consideró que la legítima era *pars hereditatis* y que el legitimario tenía derecho a una cuota en el activo y pasivo de la herencia, la mayoría de las decisiones se inclinan por considerar que estamos ante *pars bonorum*. En este sentido cabe citar las SSTs de 20 de junio de 1986 ([RJ 1986, 4558](#)) , [8 de mayo de 1989 \(RJ 1989, 3673\)](#) y 7 de noviembre de 2006 ([RJ 2006, 9165](#)) .

En la jurisprudencia más reciente, aunque con criterios poco claros en función de las circunstancias de cada caso, la mayor parte de los pronunciamientos se inclinan igualmente por configurar la legítima como una *pars bonorum* . Así, la [STS de 28 de septiembre de 2005 \(RJ 2005, 7154\)](#) niega que sea *pars reservata* por la ley, «dado que el testador puede disponer de estos [los bienes], *inter vivos* y *mortis causa* , bien que con una eficacia condicionada a la defensa de la intangibilidad cuantitativa que de su legítima haga el legitimario, el cual puede recibir por cualquier título apto el contenido patrimonial a que tiene derecho ([artículo 815 CC](#)) y no solo como heredero». La [STS de 21 de octubre de 2010 \(RJ 2010, 8867\)](#) considera artificiosa la construcción del recurrente al pretender convertir una legítima consistente en una *pars bonorum* en una legítima *pars valoris* . La STS de 20 de julio de 2012 ([RJ 2012, 9001](#)) , aunque considera que la naturaleza jurídica de la legítima no está del todo definida jurisprudencialmente, ya como *pars hereditatis* , o como *pars bonorum* , se inclina por admitir la condición de herederos de los legitimarios aun cuando no

fueren instituidos en el testamento por este título. Lo que ocurre es que lo hace desde la óptica de admitir una renuncia traslativa realizada por un legitimario (el padre), como forma especial de aceptación de la herencia. El problema era que la disposición de había limitado a «legar a su padre lo que por legítima le corresponde». Por ello entiende que si dicha renuncia traslativa «comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia lo es, en la medida, en que también presupone el ejercicio de aceptación del pertinente *ius delationis* , como presupuesto de legitimación para adquirir el derecho hereditario. Desde esta perspectiva se comprende mejor que la cuestión debatida no se centra tanto en saber si la aceptación del legatario legitimario debe entenderse condicionada, en todo caso, a su aceptación como heredero de la herencia, sino más bien si en el ámbito de legitimación para adquirir el derecho hereditario el legatario legitimario ostenta en la sucesión un propio y efectivo *ius delationis* . Al respecto, no cabe duda alguna que en nuestro Derecho de sucesiones, con independencia de que se estructure la legítima como una vocación mas de las consignadas en el [artículo 658](#) del Código Civil o, en su caso, del concreto título por el que se le instituya, el legitimario tiene reconocido *ex lege* un propio y diferenciado *ius delationis* respecto del *quantum* legal que le corresponda como derecho hereditario, reconocimiento o atribución que, sin lugar a dudas, le permite aceptar su derecho hereditario a través de las formas especiales dispuestas o tipificadas en el [artículo 1001](#) del Código Civil».

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado es claramente favorable a considerar que la legítima del Código civil se configura como *pars bonorum* , en el sentido anteriormente indicado. Se cita habitualmente como referente la [RDGRN de 1 de marzo de 2006 \(RJ 2006, 3919\)](#) , cuya manera de enfocar las cosas se reitera con muy pocas variaciones en las RRDGRN, 25 de febrero de 2008 ([RJ 2008, 2791](#)) , 17 de octubre 2008 ([RJ 2008, 637](#)) , 6 de marzo de 2012 ([RJ 2012, 6149](#)) , 12 de junio de 2014 ([RJ 2014, 4616](#)) , 4 de julio de 2014 ([RJ 2014, 4479](#)) , 15 de septiembre de 2014 ([RJ 2014, 4742](#)) , 26 de septiembre de 2014 ([RJ 2014, 5496](#)) , 3 de marzo de 2015 ([RJ 2015, 5556](#)) , 16 de octubre de 2015 ([RJ 2015, 6490](#)) , 29 de diciembre de 2015 ([RJ 2015, 154](#)) , 5 de julio de 2016 ([RJ 2016, 4254](#)) , 18 de julio de 2016 ([RJ 2016, 4601](#)) , 23 de noviembre de 2016 ([RJ 2016, 6062](#)) , 10 de abril de 2017 ([RJ 2017, 1590](#)) , 17 de julio de 2017 ([RJ 2017, 3797](#)) , 14 de septiembre de 2017 ([RJ 2017, 4370](#)) , 22 de septiembre de 2017 ([RJ 2017, 4287](#)) , 23 de octubre de 2017 ([RJ 2017, 5850](#)) , 9 de enero de 2018 ([RJ 2018, 43](#)) y 22 de enero de 2018 ([RJ 2018, 222](#)) . En la [RDGRN de 9 de marzo de 2009 \(RJ 2009, 1861\)](#) , lo mismo que en la que es objeto de comentario, se utiliza a veces la expresión *pars hereditatis* , pero referida al derecho a una cuota del activo líquido, deducidas las deudas, poniéndose el énfasis en que la legítima se configura en términos generales como una *pars bonorum* y que el legitimario la puede recibir por cualquier título [Torres García, «La legítima en el Código civil español», cit. pp. 310 y ss.].

En la Resolución comentada se asume este planteamiento, pero se complica con los problemas que plantean los casos en que la legítima puede ser conmutada en

dinero. Cabe así destacar que la regla general aludida sufre excepciones en todos aquellos supuestos legalmente contemplados en el [CC](#) en que se prevé que la legítima pueda pagarse en dinero, incluso extrahereditario: [artículos 821](#) , [829](#) , [841-847](#) y [1056.2](#) CC (Domínguez Luelmo, A., *El pago en metálico de la legítima de los descendientes* , Tecnos, Madrid 1989, *passim*). En todos estos casos entiendo que, para los perceptores del metálico, su derecho se transforma en una *pars valoris bonorum* , siendo la legítima una parte alícuota del valor en cambio del patrimonio hereditario líquido y quedando los bienes hereditarios afectos al pago de la misma.

Sin embargo, y aunque parece superada la configuración de la legítima como *pars hereditatis* en el régimen del CC, a pesar de admitirse excepcionalmente su pago en dinero, todavía no se ha llegado a la admisión de la legítima como *pars valoris* o simple derecho de crédito, postura conforme a la cual el legitimario es un acreedor frente al heredero, el cual está obligado a pagar la legítima como un crédito más a satisfacer del patrimonio hereditario. Esta configuración legal de la legítima es la que se recoge en el artículo 451-1 [CCCat](#) , y en los artículos 243, 246 y 249.1 de la de la [Ley 2/2006, de 14 de junio](#) , de Derecho Civil de Galicia. En ambos casos, los legitimarios carecen de legitimación para exigir el pago de su legítima en bienes hereditarios. Tienen un simple derecho de crédito, es decir, son acreedores de un valor, por lo que no son cotitulares del patrimonio hereditario, ni disfrutan de ninguna garantía real sobre los bienes que componen la herencia [[RDGRN de 2 de agosto de 2016 \(RJ 2016, 5490\)](#)]. Por lo que se refiere al Derecho civil del País Vasco, tras la aprobación de la [Ley 5/2015, de 25 de junio](#) , de Derecho Civil Vasco, su artículo 48 presenta una redacción que induce a bastantes equívocos. No obstante, se puede afirmar con la mejor doctrina que, aunque la legítima de los descendientes se acerca en su configuración a una *pars valoris* , se sigue reconociendo la existencia de una afección real subyacente de los bienes relictos como garantía de su satisfacción (así, el artículo 43.5, en sede de fiducia, exige la autorización de los legitimarios para que el comisario pueda disponer a título onerosos de los bienes) por lo que se configura como una *pars valoris bonorum* [Galicia Aizpurua, G. – Gil Rodríguez, J., «La sucesión forzosa en el País Vasco», en Gete-Alonso (Dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones* , II, cit., , pp. 703 y ss.].

En el caso del Derecho civil de las Islas Baleares, tienen una naturaleza diferente la legítima de Mallorca y Menorca, por un lado, y la de Ibiza y Formentera, por otro. En Mallorca y Menorca, de acuerdo con el artículo 48 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, la legítima se asemeja a la del Derecho común, configurándose como *pars bonorum* , de manera que el legitimario tiene derecho, en principio, a percibir su legítima *in natura* , con bienes hereditarios [RRDGRN de 13 de junio 2013 ([RJ 2013, 5440](#)) y 13 de febrero de 2015 ([RJ 2015, 1220](#))]. En cambio en Ibiza y Formentera, de acuerdo con el artículo 82 de la citada Compilación, la legítima tiene la naturaleza de una *pars valoris bonorum* , lo que se traduce en el derecho a obtener en dinero el valor de la cuota legitimaria, garantizado con la afección real de todos los bienes de la herencia.

Volviendo al régimen de la legítima del Derecho común, y teniendo en cuenta que lo que se debate en la Resolución objeto de comentario es la posibilidad de pagarla en dinero al margen de los supuestos en que excepcionalmente se admite, esta hipotética configuración como simple derecho de crédito está claramente negada en la [STS de 26 de abril de 1997 \(RJ 1997, 3542\)](#) , así como en las RRDGRN de 25 de febrero de 2008 ([RJ 2008, 2791](#)) , 17 de octubre de 2008 ([RJ 2008, 637](#)) y 15 de septiembre de 2014 ([RJ 2014, 4742](#)) . No obstante, sí merece la pena destacar que la nueva redacción del artículo 831 abre una vía a la configuración de la legítima como *pars valoris* al entender «respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades» (García Rubio, M.P. «La reformulación por la [Ley 41/2003](#) de la delegación de la facultad de mejorar», *ADC* , 2008, p. 951).

El único punto discutible es si el legitimario, en cuanto tal, tiene legitimación activa para reclamar judicialmente la división de la herencia. El [artículo 782.1](#) de la [LEC](#) sólo reconoce legitimación activa a los coherederos y legatarios de parte alícuota, sin aludir a los legitimarios. Ello es correcto porque, como hemos visto, la legítima se configura de muy diferente manera en los diversos ordenamientos civiles coexistentes en España. Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta la ley aplicable a la sucesión, los legitimarios sólo estarán legitimados para instar la división de la herencia cuando hayan sido instituidos herederos o legatarios de parte alícuota o sean herederos abintestato. Los sistemas que se rigen por el principio de libertad de testar, y/o que regulan una legítima puramente formal, no plantean problema a este respecto (artículo 89 de la Ley de Derecho civil del País Vasco, en cuanto al Valle de Ayala en Álava, y leyes 149 y 267 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra). En los sistemas que permiten dejar la legítima por cualquier título (artículo 815 [CC](#) , [artículos 47](#) , [81](#) y [82](#) de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, artículo 487 del Código de Derecho Foral de Aragón, y [artículo 48](#) de la [Ley de Derecho Civil del País Vasco](#)) no estarán legitimados si se les atribuye un legado específico, o se les paga con dinero extrahereditario, o se les deja por vía de donación, o de cualquier otro modo. Tampoco estarán legitimados para instar la partición en aquellos sistemas que configuran la legítima como un derecho de crédito frente al heredero (artículos 415-1 y 415-11 [CCCat](#) , y artículo 249 de la Ley de [Derecho Civil de Galicia](#)).

Las dudas aparecen, en el caso del CC, cuando el testador se limita sin más a reconocer el derecho a legítima. *¿Debe entenderse que los legitimarios, en cuanto tales, están legitimados para instar la división y participar en las operaciones divisorias, en cuanto copartícipes en la comunidad, con derecho a recibir una cuota del activo líquido, deducidas las deudas?* Algunos autores se inclinan por la afirmativa por considerar que es la vía adecuada para puedan conocer la posible inoficiosidad de las disposiciones (Guilarte Gutiérrez, V. «De la división de la herencia», en Aparicio Auñón. E. *et al.* , *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva LEC* , 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 532). Sin embargo, una cosa es

reconocer legitimación activa para reclamar judicialmente la división de la herencia (cosa que la LEC sólo permite a quienes hayan sido instituidos herederos o sean legatarios de cuota), y otra permitir que los legitimarios puedan intervenir en la partición para conocer las operaciones de valoración de los bienes, así como las de computación e imputación, a efectos de utilizar la acción de reducción de disposiciones inoficiosas o la acción de complemento [vid. Torres García, «La legítima en el Código...», cit., p. 312; Gómez Gáligo, F.J., «Intervención de los legitimarios en la partición en el Derecho común», en Pérez Bustamante de Monasterio, A. (Dir.) *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, I, Dykinson, Madrid, 2013, p. 682]. En este mismo sentido, destaca Gómez Salvago, C. (*La partición judicial: problemas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 115 y ss.), que para el legislador procesal lo relevante a efectos de reconocer legitimación activa es el título que se ostente en la sucesión (en concreto el de herencia o de parte alícuota), sin importarle los demás interesados en la sucesión, aunque dispongan de mecanismos específicos para la protección de sus respectivos intereses. Y además, como destacan Torres García – Domínguez Luelmo («La legítima en el Código civil», cit., p. 361) la cualidad de legitimario tampoco sirve a efectos registrales como título de la sucesión hereditaria, ya que el [artículo 14](#) de la [Ley Hipotecaria](#) sólo se refiere al testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato, la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, y el certificado sucesorio europeo al que se refiere el [Reglamento \(UE\) 650/2012](#).

En este sentido se pronuncian las RRDGRN de 1 de marzo de 2006 ([RJ 2006, 3919](#)), 6 de marzo de 2012 ([RJ 2012, 6149](#)), 12 de junio de 2014 ([RJ 2014, 4616](#)), 4 de julio de 2014 ([RJ 2014, 4479](#)), 3 de marzo de 2015 ([RJ 2015, 5556](#)), 16 de octubre de 2015 ([RJ 2015, 6490](#)), 29 de diciembre de 2015 ([RJ 2015, 154](#)), 5 de julio de 2016 ([RJ 2016, 4254](#)), 10 de abril de 2017 ([RJ 2017, 1590](#)), 14 de septiembre de 2017 ([RJ 2017, 4370](#)), 9 de enero de 2018 ([RJ 2018, 43](#)) y 22 de enero de 2018 ([RJ 2018, 222](#)) cuando destacan que la legítima del Derecho común, a diferencia de la del Derecho catalán, es *pars bonorum*, «y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o *pars valoris bonorum*. De ahí, que, a falta del contador-partidor, *se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima* » (la cursiva es mía).

En la Resolución objeto de comentario, existe un contador-partidor nombrado en testamento, por lo que el problema debe reconducirse a las facultades de que se ha investido al mismo en ese caso concreto, y a cuál es la posición de los legitimarios en la partición extendiendo un contador-partidor.

II. Si el metálico con el que pagar las legítimas ha de existir o no en la herencia

La Resolución objeto de comentario realiza algunas consideraciones sobre el metálico con el que pagar las legítimas que, a mi juicio, no están correctamente enfocadas. Los supuestos en que excepcionalmente se puede pagar la legítima en dinero se refieren siempre a metálico extrahereditario. Si existe metálico en la herencia no se plantea ningún problema, siendo indiferente que realice la partición el propio testador o un contador-partidor [en este sentido la [STS de 22 de octubre de 2012 \(RJ 2012, 14413\)](#) y la RDGRN de 22 de septiembre de 2017 ([RJ 2017, 4387](#))].

En el caso del [artículo 1056.2 CC](#) se parte precisamente de que el metálico no existe en la herencia. Lo dice ahora expresamente el precepto, pero la cuestión debía enfocarse de la misma manera antes de la redacción vigente, introducida por [Ley 7/2003, de 1 de abril](#). Cuando el testador adjudica íntegramente la explotación a uno de sus hijos, lo que hace es disponer de la porción que, según los [artículos 806 y 808 CC](#), corresponde *in natura* a los demás. En este orden de cosas es necesario preguntarse qué es lo que justifica la adquisición, por parte del adjudicatario, de aquella porción que, en principio, es indisponible. La doctrina clásica propuso distintas soluciones a este problema, acudiendo en ocasiones a la figura de la adjudicación para pago de deudas, a la idea de la expropiación en interés de la familia, o a la de una contraprestación, otorgada por vía particional, a la imposición al heredero de las deudas a favor de los legitimarios. Pero, en realidad, la solución debe venir por otro camino. De no existir el artículo 1056.II CC, una disposición de este tipo sería inoficiosa. Lo que ha hecho el legislador, por tanto, es enervar en este caso particular las acciones de los legitimarios para reclamar su legítima *in natura*. Así, excepcionalmente, permite que se adjudique toda la herencia a uno solo de los hijos, pero impone a éste la carga del abono con dinero propio de las legítimas correspondientes a sus hermanos. En opinión de Vallet (*Apuntes de Derecho Sucesorio*, INEJ, Madrid, 1965., pp. 220-221, y «Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes», en *ADC*, 1970, pp. 107 y ss.), mientras dicho pago no se haya consumado, la reserva del [artículo 806 CC](#) sigue latente, repercutiendo en la titularidad y disponibilidad del heredero; y así, la afección de los bienes al pago de las legítimas se mantendrá, aunque aquéllos hayan pasado a manos de otras personas, mientras los legitimarios no hayan percibido el metálico correspondiente. Éstos, pues, tendrían en sus manos la propia *actio familiae erciscundae*.

Esta interpretación me parece bastante discutible, ya que no se pueda impugnar sin más la titularidad de terceros adquirentes de buena fe, sólo con base en la mera afección para pago de los bienes hereditarios. Precisamente por ello, tanto el [Código civil](#) (artículo 844), como la [Ley Hipotecaria](#) (artículos 15, 42.7 y 48) y el [Reglamento Hipotecario](#) (artículo 80) regulan una serie de garantías específicas que se ponen a disposición de los perceptores del metálico. Y además, el argumento de la *actio familiae erciscundae* no es aplicable en el caso del [artículo 1056 CC](#) porque se trata de una acción que sólo corresponde a los comuneros y la comunidad hereditaria en este caso no siquiera llega a nacer (Fosar Benlloch, E., «La explotación agrícola y el párrafo 2º del [artículo 1056](#) del Código civil», en *ADC*,

1963, pp. 414 y ss.). Y tampoco es aplicable en el supuesto regulado en los artículos 841-847 CC, porque precisamente la notificación de la decisión de pago en metálico realizada por el adjudicatario o adjudicatarios de los bienes excluye a los demás de la cotitularidad inicial sobre los bienes hereditarios y transforma su pretensión en una *pars valoris bonorum* (Domínguez Luelmo, *El pago en metálico* ..., pp. 158 y ss.).

En mi opinión, contemplando la situación desde el lado pasivo, lo que ocurre es que los legitimarios cuya porción va a ser pagada en dinero, si bien no tienen una titularidad directa sobre los bienes de la herencia, sí tienen una titularidad condicional sobre los mismos, en el sentido de que, a falta de pago en dinero, pueden hacer valer sobre aquéllos el derecho que les concede el [artículo 806](#) CC. El definitivo impago funciona como una causa de resolución de la partición, y la posibilidad de que los legitimarios puedan dirigirse sobre los bienes no es más que la materialización de la afección de todos los bienes relictos al cumplimiento del deber legitimario. En este sentido, la correspondencia del metálico a satisfacer a los legitimarios con el valor de su cuota en el momento del pago, debidamente conjugada con la reserva de *pars bonorum* del artículo 806, hacen que la legítima en estos casos se configure como *pars valoris bonorum*, es decir, como derecho a recibir en metálico el valor de unos bienes, protegido por la reserva del artículo 806 en caso de impago.

Aclarado lo anterior, cuando el testador hace la partición de sus bienes al amparo del [artículo 1056 CC](#), aunque la regla general sea que la legítima debe pagarse *in natura*, aquél puede elegir los bienes con que cubrir el lote de cada legitimario: el testador no está sometido a la regla de la igualdad cualitativa en la partición que recoge el [artículo 1061](#) CC. El único límite que establece el [artículo 1056](#) CC es que «no se perjudique la legítima de los herederos forzosos». Tal expresión debe ser entendida en el sentido de que el respeto a la legítima es puramente cuantitativo, pero que no impide al testador prescindir de lo dispuesto en el artículo 1062 [[SSTS de 6 de marzo de 1945 \(RJ 1945, 272\)](#) y 28 de junio de 1965 ([RJ 1965, 2748](#))].

No obstante lo anterior, una parte de la doctrina se manifiesta en contra de esta interpretación y considera que el [artículo 1061](#) CC únicamente encuentra excepción en el apartado 2.º del artículo 1056, pero no en su apartado 1.º. Así, se ha defendido que la expresión «en cuanto no perjudique la legítima» debe entenderse referida tanto al aspecto cuantitativo como cualitativo de esta última, y que el testador debe mantener siempre la debida proporción entre los bienes dispuestos a favor de los herederos (Espinar Lafuente, F., *La herencia legal y el testamento*, Barcelona, 1956, p. 360; y de Cossío y Corral, A., *Instituciones de Derecho civil*, II, Alianza Editorial, Madrid, 1975, p. 580). Esta manera de enfocar las cosas, se ha retomado posteriormente por Peña Bernaldo de Quirós, quien llega a afirmar que «el mismo artículo 1056.II CC nos revela –al dar una norma excepcional– que el testador, como regla, no puede asignar los bienes hereditarios a un heredero compensando en dinero –aunque sea hereditario– a los legitimarios», lo que en su opinión confirma que no es posible «dar unos u otros bienes hereditarios (distinto

del dinero) a unos u otros hijos, satisfaciendo la legítima de los demás con metálico (aunque sea hereditario)». Para este autor el supuesto regulado en el [artículo 841](#) CC confirma esta postura, porque tanto en uno como en otro caso la alternativa es o bienes «hereditarios» o dinero. Luego no cabría aquí lo que ni siquiera en los supuestos de excepción es posible: que se dejen a uno los bienes muebles y a otros los inmuebles («La naturaleza...», cit., p. 896). Para Peña, además, la regulación de la mejora vendría a confirmar esta interpretación, porque el testador sólo es libre a la hora de fijar la mejora para escoger cosas determinadas, o para atenerse a las reglas de los [artículo 1061](#) y [1062](#) CC, como se desprende de lo establecido en los [artículos 829](#) y [832](#) CC («La naturaleza...», cit., p. 895, nota 114).

Sin embargo, según entiendo, parece más bien que, refiriéndose el [artículo 832](#) CC a la mejora de cuota, lo que se quiere decir en él es que, cuando el testador no escoja las cosas con que cubrir dicha cuota, se debe acudir a las reglas de los [artículos 1061](#) y [1062](#) CC para procurar la posible igualdad en la partición. De lo contrario, el [artículo 832](#) CC prohibiría algo que está permitido en el [artículo 829](#) CC.

En definitiva, y por lo que se refiere a la partición por el testador, éste puede realizarla sin sujetarse a la regla de la posible igualdad entre los coherederos. Así las cosas, la cuestión acerca de si el dinero a pagar a los legitimarios no adjudicatarios de la explotación debe pertenecer o no al caudal relicto resulta clave para interpretar las facultades del testador en orden a la partición. Se ha llegado a sostener que el apartado 2.º del [artículo 1056 CC](#) no es más que una redundancia, ya que la amplitud de atribuciones concedidas al testador en el apartado 1.º hacen que aquél no sea sino repetición de lo previsto en el artículo 1062 para las cosas indivisibles (Mucius Scaevola, Q., *Código civil*, 2.ª ed., Reus, Madrid, 1954, pp. 407 y ss.; Ortega Pardo, G., *Naturaleza jurídica del llamado «legado en lugar de legítima»*, INEJ, Madrid, 1945, p. 145, y «Hereditario testamentario y heredero forzoso», *ADC*, 1950, pp. 336 y 343). Pero esto sólo puede sostenerse si se pretende reducir la facultad concedida en el apartado 2.º al supuesto de que el metálico exista en la herencia, cosa que niega ahora de manera expresa la vigente redacción del precepto. Pero incluso con la redacción anterior, el apartado 2.º sobraría si se estuviera refiriendo a dinero hereditario, y sería redundante con el apartado 1.º, porque para darle una adecuada viabilidad al precepto, en función de su finalidad, era igualmente necesario interpretar que se trataba de dinero extrahereditario. Cuestión distinta es que el metálico efectivamente exista en la herencia, pero en este caso ya no estaríamos en el supuesto del apartado 2.º del artículo 1056, sino en su apartado 1.º, de carácter más genérico, dada la libertad de que goza el testador en cuanto a la formación de lotes.

Vista la cuestión desde la perspectiva de los artículos 841-847, el enfoque es el mismo, aunque no exista aquí una partición directamente realizada por el testador, sino la concesión por éste de una facultad de conmutación a los designados como adjudicatarios de los bienes. Tanto el artículo 842 como el apartado 2.º del [artículo 844](#) CC contraponen la posibilidad de pago en dinero con la de partir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición, lo cual no tendría sentido de

estar incluido en la herencia el dinero a que se refieren ambos preceptos. Por otro lado, el aplazamiento del pago que contemplan los artículos 844, apartado 1.º, y 847 CC carecería de razón de ser si el metálico destinado al mismo existiera en la herencia. Y además, el propio artículo 841 presupone que el dinero no procede de la herencia, ya que una de las posibilidades que plantea es que se adjudiquen a uno de los hijos o descendientes «todos los bienes hereditarios», precisamente a cambio de pagar en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios. En definitiva, toda la regulación prevista en estos preceptos sólo tiene sentido referida a dinero extrahereditario [[RDGRN 18 de julio de 2016 \(RJ 2016, 4601\)](#)].

Incluso fuera de estos supuestos, en que excepcionalmente se admite el pago en metálico extrahereditario de la legítima, el CC no impone al testador ninguna limitación de orden cualitativo a la hora de distribuir los bienes entre los legitimarios, o de dar instrucciones específicas sobre la manera en que hayan de repartirse sus bienes. Si de verdad existiera la obligación de un reparto cualitativamente igualitario, el Código civil debería haber previsto la posibilidad de que los legados realizados en pago de la legítima (con lo que no se cumple la igualdad cualitativa en la distribución de la herencia) fueran rechazados para reclamar la porción de bienes reservada por el [artículo 806](#) CC. En sede de legítimas no existe ninguna norma que se oponga a la libre distribución de los bienes por el testador. Aparte del artículo 815, que permite claramente dejar la legítima por cualquier título, y de la posibilidad de mejorar en cosa determinada del artículo 829, las reglas de imputación de los artículos 819, 825 y 828 no tienen ninguna limitación de orden cualitativo. La inoficiosidad que puede dar lugar a la reducción es sólo, según los artículos 817 y 819, apartado 3.º, la cuantitativa, lo cual es independiente de que la reducción se deba hacer en principio *in natura*. Tampoco las normas sobre colación contradicen lo anteriormente mantenido. La liberalidad se mantiene en tanto no resulte inoficiosa, y la colación se realizará, conforme al artículo 1047, tomando de menos y percibiendo los demás coherederos el equivalente, si es posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad. En caso contrario se aplica el artículo 1048, de manera que la liberalidad que ha provocado una desigualdad cualitativa no pierde su eficacia, aunque se compense por otros cauces, en aras de conseguir una partición equitativa.

Parece claro, pues, que el testador tiene libertad para repartir sus bienes sin someterse a la regla de la igualdad cualitativa, por lo que si el metálico existe en la herencia, puede adjudicar bienes a unos legitimarios y dinero a otros. Es igualmente claro que en los supuestos regulados en los artículos 841 a 847 y 1056.º del [CC](#), el metálico a que se refiere el legislador es extrahereditario, de ahí que se adopten determinadas cautelas para asegurar el derecho de los legitimarios. Y ello hasta el punto de que no cabe cubrir la legítima mediante un legado de dinero extrahereditario al margen del régimen previsto en estos preceptos. Por ello, la solución que ofrecen los artículos 842 y 844, apartado 2.º (cuando el designado como adjudicatario decide no seguir adelante con la conmutación, o transcurre el plazo sin que el pago en dinero haya tenido lugar) es la de repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición. En esta misma línea, en el

supuesto regulado en el artículo 1056.II, se dispone que «si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia».

Si nos situamos al margen de estos supuestos, lo que procede es analizar si el testador puede conceder al contador-partidor facultades más o menos amplias, y si entre ellas, se puede entender incluida la de satisfacer en algún supuesto la legítima en dinero.

III. Facultades del contador-partidor en orden a la distribución de los bienes.

El Tribunal Supremo tiene declarado que, en general, la partición realizada por contador-partidor tiene el mismo valor que la hecha por el testador, y debe ser respetada, sin que precise el consentimiento de los interesados al no tener carácter contractual [SSTS de 16 de febrero de 1932 (RJ 1932, 911), 18 de mayo de 1933 (RJ 1933, 1691), 7 de enero de 1942 (RJ 1942, 4), 17 de abril de 1943 (RJ 1943, 418), 20 de octubre de 1952 (RJ 1952, 1863), 25 de abril de 1963 (RJ 1963, 1996), 17 de junio de 1963 (RJ 1963, 3330), 11 de abril de 1967 (RJ 1967, 2207), 27 de mayo de 1968 (RJ 1968, 2923), 23 de diciembre de 1976 (1976, 5578), [18 de febrero de 1987 \(RJ 1987, 715\)](#) , 15 de julio de 1988 ([RJ 1988, 5719](#)) , 23 de octubre de 1997 ([RJ 1997, 7335](#)) , 16 de marzo de 2001 ([RJ 2001, 3199](#)) y 25 de noviembre de 2004 ([RJ 2004, 7252](#))].

En este mismo sentido se la pronunciado en numerosas ocasiones la Dirección General de los Registros y del Notariado, considerando que las particiones realizadas por el contador-partidor, al reputarse como si fueren hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles, sin necesidad de la aprobación de los herederos o legatarios, por lo que en principio causan un estado de derechos que surte todos sus efectos mientras no sean impugnadas. Así, se considera que la partición realizada por el contador-partidor es inscribible por sí sola sin necesidad de la concurrencia de los herederos, siempre que no resulte del título particional extralimitación en sus funciones, sin perjuicio, de las acciones que posteriormente puedan ser interpuestas. Esta doctrina se mantiene de una manera clara, de manera especial, desde la [RDGRN de 24 de marzo de 2001 \(RJ 2001, 2190\)](#) en la que se considera que no constituye un defecto la falta de consentimiento de los legitimarios, ni de los herederos, cuando la partición ha sido otorgada por el contador partidor designado por el testador; y que esta partición es válida mientras no se impugne judicialmente. En este mismo sentido, las RRDGRN de 19 de septiembre de 2002 ([RJ 2002, 9937](#)) , 29 de marzo de 2004 ([RJ 2004, 2397](#)) , 18 de mayo de 2012 ([RJ 2012, 7870](#)) , 18 de junio de 2013 ([RJ 2013, 6663](#)) , 19 de julio de 2016 ([RJ 2016, 4594](#)) y 4 de octubre de 2017 ([RJ 2017, 4771](#)) .

Partiendo de esta doctrina, es preciso analizar hasta qué punto el contador-partidor tiene libertad para realizar una partición desigual desde el punto de vista cualitativo, dependiendo de si ha recibido o no instrucciones por parte del testador. Ciertamente el [artículo 1061 CC](#) recoge el principio de la igualdad cualitativa en la formación de los lotes, procurando que todos los coherederos

reciban bienes de la misma naturaleza, especie y calidad. Pero la jurisprudencia ha venido manteniendo una interpretación de este precepto bastante flexible, que se resume en las [SSTS de 25 de noviembre de 2004 \(RJ 2004, 7252\)](#) y 7 de noviembre de 2006 ([RJ 2006, 9165](#)) . Se destaca así que la necesidad de respetar la posible igualdad cualitativa viene determinada por las circunstancias de cada caso [[SSTS de 17 de junio de 1980 \(RJ 1980, 3077\)](#) y 15 de marzo de 1995 ([RJ 1995, 2654](#))], teniendo el precepto sólo carácter orientativo [[SSTS de 7 de enero de 1991 \(RJ 1991, 110\)](#) y 7 de noviembre de 2006 ([RJ 2006\9165](#))], y considerándose como una recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla de acuerdo con la naturaleza de los bienes de la herencia [[SSTS de 23 de junio de 1998 \(RJ 1998, 4745\)](#) y 6 de octubre de 2000 ([RJ 2000, 7543](#))]. En este sentido se afirma por la jurisprudencia que la aplicación del (RJ 1964, 5928) CC no impone una igualdad matemática absoluta ni la participación de cada heredero en todos y cada uno de los bienes de la herencia [RRDGRN 10 de diciembre de 2004 ([RJ 2005, 119](#)) y 4 de octubre de 2017 ([RJ 2017, 4771](#)) ; y [SSTS 17 de junio de 1980 \(RJ 1980, 3077\)](#) , 25 de noviembre de 2004 ([RJ 2004, 7252](#)) y [7 de noviembre de 2006 \(RJ 2006, 9165\)](#)]; pero sí exige que la partición esté presidida por un criterio de equitativa ponderación, la cual no se respeta cuando se adjudican todos los inmuebles de la herencia a unos, adjudicando a otros exclusivamente dinero en metálico [[SSTS de 30 de enero de 1951 \(RJ 1951, 89\)](#) y 14 de diciembre de 1957 (RJ 1957, 534)]. Igualmente se afirma que el [artículo 1061 CC](#) no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto [SSTS de 21 de abril de 1966 (RJ 1966, 3726) y 7 de enero de 1991 ([RJ 1991, 110](#))]; y que la infravaloración u omisión de algunos bienes, en tanto no sea maliciosa o no tenga carácter sustancial, no es susceptible de originar la nulidad de la partición, sino que las atribuciones mal valoradas deben resolverse por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición [[STS de 24 de febrero de 2005 \(RJ 2005, 4031\)](#)].

En suma, como se afirma en la [STS de 7 de noviembre de 2006 \(RJ 2006, 9165\)](#) , «la falta de equidad en la formación de los lotes a que dan lugar las operaciones particionales únicamente puede considerarse como motivo de nulidad de la partición en los casos en que se pruebe que la desigualdad en la formación de aquéllos tiene suficiente relevancia para infringir el principio de igual distribución entre los herederos y excede de los presupuestos que pueden dar lugar al ejercicio de las acciones de rescisión, adición o complemento de la partición previstas».

Como he destacado anteriormente, el testador no está vinculado por lo dispuesto en el [artículo 1061 CC](#) . Lo mismo ocurre con los coherederos cuando hacen la partición de común acuerdo ([artículo 1058 CC](#)). La situación del contador-partidor es, en cambio, diferente: salvo que otra cosa haya establecido el testador, no puede prescindir del contenido del [artículo 1061 CC](#) [aunque sí puede utilizar el 1062, según las RRDGRN de 2 de diciembre de 1964 (RJ 1964, 5928), 21 de junio de 2003 ([RJ 2003, 4651](#)) , 20 de septiembre de 2003 ([RJ 2003, 6336](#)) y de 4 de octubre de 2017 ([RJ 2017, 4771](#))]. La habitual equiparación entre la partición

realizada por el testador y por el contador-partidor no puede llegar al extremo de hacerlas en todo equivalentes, incluso en lo que respecta a la formación de los lotes. En este sentido, como destacan Lacruz Berdejo – Sancho Rebullida (*Elementos de Derecho civil, V, Derecho de Sucesiones* , Bosch, Barcelona, 1981, pp. 148 y ss.), la equiparación entre el comisario y el testador en la mayor parte de las sentencias se realiza por pura rutina o para reafirmar la validez de las particiones realizadas por los contadores-partidores. En definitiva, debe entenderse que el contador-partidor únicamente tiene libertad en la composición de los lotes cuando el causante le ha conferido tal facultad. En caso contrario está sometido a los [artículos 1061](#) y [1062](#) CC [RRDGRN de 2 de febrero de 1964 (RJ 1962, 1712) y 10 de diciembre de 2004 ([RJ 2005, 119](#))].

Lo que sí debe reconocerse al contador-partidor es la facultad de interpretar la voluntad testamentaria. Como pone de relieve el Notario recurrente en la Resolución comentada, entre las facultades de los albaceas y contadores-partidores ha de incluirse la de interpretar el testamento como presupuesto del desempeño de las funciones que le corresponden, y tal interpretación tan sólo podrá rechazarse en sede registral si resulta que claramente ha prescindido de las pautas que impone el [artículo 676](#) del Código Civil, al margen de la impugnación judicial de que en cualquier caso puede ser objeto. Así se destaca en las RRDGRN de 24 de marzo de 2001 ([RJ 2001, 2190](#)) , 19 de septiembre de 2002, ([RJ 2002, 9937](#)) , 26 de febrero de 2003 ([RJ 2003, 4135](#)) , 19 de abril de 2013 ([RJ 2013, 4826](#)) y 4 de abril de 2017 ([RJ 2017, 1406](#)) .

No obstante, como se pone de relieve en las RRDGRN de 18 de mayo de 2012 ([RJ 2012, 7870](#)) , 22 de julio de 2016 ([RJ 2016, 5482](#)) y 4 de octubre de 2017 ([RJ 2017, 4771](#)) , dicha partición será inscribible *siempre dentro de los límites de las funciones del contador partidor, esto es, que del título particional no resulte extralimitación en dichas funciones* , sin perjuicio de las acciones que posteriormente puedan ser interpuestas por lo herederos o los legitimarios. En este sentido, las RRDGRN de 26 de febrero de 2003 ([RJ 2003, 4135](#)) y 16 de septiembre de 2008 ([RJ 2009, 516](#)) matizan la cuestión que nos ocupa cuando establecen que esas funciones se concretan en la «simple facultad de hacer la partición» (cfr. [artículo 1057](#) del [Código Civil](#)). Lo que ocurre es que la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida [RRDGRN 4 de abril de 2017 ([RJ 2017, 1406](#)) y 4 de octubre de 2017 ([RJ 2017, 4771](#))]. No obstante, la Dirección General de los Registros y del Notariado también ha puesto de relieve reiteradamente que la adjudicación hecha a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás, por razón del exceso de valor de lo adjudicado en relación con el de su cuota hereditaria, no implica enajenación [RRDGRN de 22 de febrero de 1943 (RJ 1943, 265), 6 de abril de 1962 [artículo 1056](#) , 14 de abril de 2005 ([RJ 2005, 5018](#)) y 16 de septiembre de 2008 ([RJ 2008, 516](#))].

Un buen ejemplo de extralimitación de funciones se recoge en la [RDGRN de 31 de marzo de 2005 \(RJ 2005, 3483\)](#) en la que se considera que el contador se había excedido en sus facultades interpretativas en un caso en el que el testador había

desheredado a cuatro de sus hijos por haberle negado alimentos y por haberle maltratado de obra e injuriado. No obstante, el contador-partidor adjudicó a estos cuatro hijos en pago de sus legítimas determinados bienes inmuebles del caudal relicto, justificando dicha adjudicación en el uso de las facultades interpretativas inherentes a su cargo, dada la dificultad de probar la certeza de la causa de la desheredación si los desheredados la negaban. En esta RDGRN se afirma: «Es cierto que a la hora de determinar cuales sean esas facultades es pacífica la admisión de una serie de actuaciones que no es que excedan de lo que sea la simple facultad de hacer la partición, sino que han de entenderse comprendidas en el ámbito de ésta en cuanto necesarias para el desempeño de la misma, entre las que se incluye la de interpretar el testamento. Pero tal función viene delimitada tanto por los medios, especialmente por lo dispuesto en el [artículo 675](#) del Código Civil, como en cuanto a su fin, lograr que la partición de los bienes se ajuste a la voluntad del testador. Y si bien es cierto que en esa tarea puede subsanar y corregir ciertos defectos del testamento [vid. SSTS de 11 de febrero de 1952 (RJ 1952, 284) y 24 de febrero de 1968 (RJ 1968, 1213)], lo que no puede es atribuirse funciones decisorias que son privativas del testador como la de desheredar o revocar disposiciones testamentarias ni, en general, declarar por sí mismo su ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de justicia a solicitud de los herederos –o legitimarios– que procedan a su impugnación [cfr. la [RDGRN de 1 de diciembre de 1984 \(RJ 1984, 6511\)](#)]. Por eso, a diferencia de la fijación de las legítimas correspondientes a los herederos forzosos y la reducción de disposiciones testamentarias inoficiosas, en que el contador partidor estaría actuando con sujeción a lo establecido por la Ley, lo que no puede es entender ineficaz la desheredación ordenada por el testador cuando se funda en justa causa expresada en el testamento y la certeza de dicha causa no ha sido contradicha por los desheredados (cfr. [artículos 850](#) y [851](#) del Código Civil)».

¿Se puede entender en el supuesto de la Resolución comentada que el contador-partidor se ha extralimitado en sus funciones, cuando ha pagado en bienes las legítimas, a pesar de existir una previsión del testador en cuanto a su pago en metálico? Para responder a esta pregunta es preciso analizar si estamos o no ante el supuesto de hecho previsto en el [artículo 841](#) CC. La Resolución realiza en este punto algunas observaciones un poco confusas sobre la distinción entre el [artículo 1056](#) y [841](#) CC. Así considera que la diferencia está en que, en el primero caso, estamos ante una *orden* del testador que imperativamente impone el pago en metálico de la legítima, mientras que en el segundo caso estamos ante una *facultad* de pago y no una obligación de los herederos. Esta manera de enfocar las cosas aparece igualmente en las RRDGRN de 18 de julio de 2016 ([RJ 2016, 4601](#)) y 22 de septiembre de 2017 ([RJ 2017, 4387](#)) .

A mi entender, la diferencia entre los [artículos 1056](#) y [841](#) del CC no sólo está en que en el primer caso se esté ordenando imperativamente la conmutación en metálico de la legítima, y en el segundo caso simplemente facultando a alguno o algunos de sus hijos o descendientes para que, si así lo quieren, se adjudiquen todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no

hereditario. El propio [artículo 841](#) CC utiliza la expresión «ordenando que se pague en metálico», por lo que ésta no puede ser la clave para diferenciar ambos supuestos de hecho. En el caso del artículo 1056 el testador realiza por sí mismo y directamente la partición de sus bienes, que tiene una eficacia real directa con las consecuencias que establece el [artículo 1068](#) CC. La necesidad de pasar por esta partición viene a significar que en estos casos no llega a nacer la comunidad hereditaria [[STS de 4 de noviembre de 2008 \(RJ 2008, 5891\)](#)], y el pago en metálico es una carga del adjudicatario de la explotación, que no tiene más remedio que aceptar. Por el contrario, en el caso del artículo 841, el testador no llega a realizar directamente la partición, por lo que surge inicialmente la comunidad hereditaria entre todos los legitimarios. La decisión de conmutar está, en último término, en manos de los designados en el testamento como adjudicatarios de los bienes, y sólo la notificación a la que se refiere el artículo 844 aparta de la comunidad hereditaria a los futuros perceptores del metálico [STS de 22 de octubre de 2012 ([RJ 2012, 10413](#))]. En este caso, los designados como adjudicatarios no tienen una carga sino una facultad: pueden optar entre asumir la obligación de pago en dinero, o someterse a una partición según las reglas generales ([artículo 842](#) CC). La calificación del supuesto es importante porque el artículo 1056.II CC excluye expresamente la aplicación del contenido del [artículo 843](#) CC, es decir, la necesidad de confirmación expresa de todos los hijos o descendientes o, en caso contrario, la aprobación por el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario.

Volviendo a la pregunta de si estamos o no ante el supuesto de hecho previsto en el [artículo 841 CC](#), a mi juicio la respuesta debe ser claramente afirmativa. Aunque el artículo 841 requiere para su aplicación una previsión específica del testador, creo que no hace falta que exista una cita o remisión expresa a dicho precepto, sino que basta que se prevea, por un lado, la adjudicación de los bienes a uno o varios hijos y, por otro, el pago en metálico a las legítimas de los demás. Es decir, la previsión del testador debe referirse al supuesto contemplado en los [artículos 841 a 847](#) CC de una manera clara y específica, ya sea, como destaca Vallet, «invocándolo numeralmente o bien refiriéndose al supuesto en él previsto, con sus propias palabras o con otras cualquiera con sentido equivalente, aunque técnicamente sean impropias o incorrectas o simplemente de significado distinto, si por su sentido resulta indudable la intención del testador de conferir una autorización que encaje con el supuesto previsto en el artículo 841. Así, cabrá en el caso de que el testador designe heredero universal a uno de los descendientes legitimarios, sea en sentido estricto, o en el amplio que lo refiera a todo mejorado en el segundo tercio aunque carezca de derecho a la legítima estricta, y legue a los demás legitimarios y mejorados la compensación que, para satisfacción de sus respectivas legítimas, deberá abonarles el instituido» («Comentario al artículo 841», en Albaladejo, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XI, Edersa, Madrid, 1982, p. 493).

Este es el criterio que se mantienen las RRDGRN de 18 de julio de 2016 ([RJ 2016, 4601](#)) y 22 de septiembre de 2017 ([RJ 2017, 4387](#)), que reproducen literalmente las palabras citadas de Vallet. Lo mismo hace la Resolución objeto de

comentario que, sin embargo, incurre en cierta contradicción al afirmar que, en este caso, «no está claro que del testamento resulte de forma indubitada la concesión por el testador de la facultad de pago en metálico de la legítima y la concurrencia de los requisitos para esta figura». Creo que esta afirmación se realiza innecesariamente para justificar la revocación de la calificación del Registrador, y mantener que es correcta la actuación del contador-partidor pagando finalmente las legítimas *in natura*. Pero el supuesto de hecho es muy claro ya que, además de adjudicar a los herederos los derechos sobre la vivienda con cargo a los tercios de mejora y libre disposición, prevé que las legítimas estrictas de los demás les sean «satisfechas en dinero metálico». El verdadero problema se plantea porque se ha dejado transcurrir el plazo de un año para notificar la decisión de pago en metálico a que se refiere el artículo 844. Transcurrido este plazo, según este precepto, «la decisión de pago en metálico no producirá efectos». Es decir, que ya no producirá efectos la adjudicación prevista por el testador, ni nacerá la correlativa obligación de pago en metálico. Y además, según entiendo, se agotan las facultades del contador-partidor en orden a la conmutación.

La cuestión se traslada entonces a las facultades generales que pueden considerarse atribuidas a un contador-partidor, porque lo que procede en estos casos es aplicar las disposiciones generales sobre la partición (como se recoge en los [artículos 842 y 844 CC](#)). Por ello, entiendo que el contador-partidor actúa correctamente atribuyendo bienes en pago de la legítima. Lo contrario (pagar un dinero extrahereditario una vez caducada la facultad de conmutación) sí que hubiera constituido una extralimitación en sus funciones, que fue lo que ocurrió en el caso resuelto por la [RDGRN de 13 de mayo de 2003 \(RJ 2003, 4477\)](#). En ella se deniega la inscripción de una escritura de partición otorgada por un contador-partidor que, sin que se le hubieran atribuido por el causante facultades para ello, había asignado todos los bienes de la herencia al legitimario instituido heredero y prelegatario de los tercios de mejora y libre disposición, imponiéndole la obligación de pagar en dinero extrahereditario la porción hereditaria de los demás legitimarios. En este sentido, se afirma: «la asignación de todos los bienes de la herencia a uno de los interesados imponiéndole la obligación de pagar los derechos correspondientes a los otros interesados en metálico supone transformar los derechos de éstos que, de cotitulares de la masa hereditaria con cargo a la que, previa liquidación, han de satisfacerse sus derechos, pasan a ser titulares de un derecho de crédito frente a otro de los partícipes. Y ello implica un acto de disposición admisible en el caso de ser los interesados con facultades de libre disposición de sus bienes los que lo convinieran (cfr. [artículo 1058 CC](#)), pero que no puede entenderse comprendida entre las de partir que al contador partidor le vienen asignadas por la Ley en su condición de tal. Otro tanto cabría decir del derecho de los legitimarios, intangible no sólo en el aspecto cuantitativo sino también en el cualitativo que, por más que de naturaleza discutida en Derecho común, no puede el contador-partidor cambiar por un conflicto frente a las herederas so pena de desvirtuarlo completamente, algo que el legislador ni tan siquiera permite en el caso de que el testador lo imponga o autorice (cfr. artículo 841) si no es con

consentimiento de los afectados o aprobación judicial (artículo 843), amén del necesario respeto de otra serie de garantías como los plazos preclusivos de todo el proceso de partición y pago».

IV. Imposibilidad de proceder al pago en metálico de las legítimas al margen de los supuestos en que está expresamente admitido.

La Resolución comentada termina planteándose si, a falta de dinero en el caudal relicto, es obligatorio para los herederos o para el contador-partidor realizar el pago forzosamente en metálico extrahereditario (que es lo que mantenía el Registrador en su calificación). Se afirma expresamente que no estamos en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 1056 CC. Pero desde el momento en que se deja transcurrir el plazo previsto en el artículo 844, lo que sí cabe plantear en este caso es el valor de la previsión del testador en cuanto a que las legítimas sean «satisfechas en dinero metálico», es decir, si se puede considerar como una instrucción a tener en cuenta en el momento de la partición. En este punto me parece importante destacar la diferencia entre partición y normas particionales. Nuestro CC no contempla de manera expresa esta distinción, que sí está presente en algunos Derechos civiles autonómicos. Así, según el artículo 275 de la Ley de [Derecho Civil de Galicia](#) : «Podrán ordenarse en testamento disposiciones particulares sobre la partición de la herencia que habrán de observarse al hacer la misma». De la misma manera, el artículo 464-4 [CCCat](#) , tras contemplar la posibilidad de que el testador realice la partición de sus bienes, dispone: «El causante también puede establecer reglas vinculantes para la partición». Igualmente el artículo 368.1 del Código de Derecho Foral de Aragón prevé que «El causante o su fiduciario pueden hacer la partición de la herencia o parte de ella, así como establecer normas vinculantes para su realización».

El [artículo 786 LEC](#) sí que se refiere a las normas particionales dentro del procedimiento para la división de la herencia, estableciendo expresamente su carácter vinculante respecto al contador judicial. Se prevé en concreto que éste realice las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante, añadiendo que «si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos». Dentro del régimen del CC debe tenerse presente que estas instrucciones del testador sobre la manera de practicar las operaciones divisorias nada tienen que ver con la partición practicada directamente por el propio testador al amparo del [artículo 1056](#) CC. La necesidad de pasar por esta partición a que se refiere el precepto viene a significar, como vimos, que en estos casos no llega a nacer la comunidad hereditaria [[STS de 4 de noviembre de 2008 \(RJ 2008, 5891\)](#)]. El supuesto es, pues, diferente al del testador que se limita a dejar establecidas determinadas instrucciones particionales, que no excluyen el nacimiento de la comunidad y vinculan al contador en la división de los bienes. Esta distinción entre partición por el testador y simples instrucciones particionales está recogida en las SSTs de 7 de septiembre de 1998 ([RJ 1998, 6395](#)) , [8 de marzo de 1989 \(RJ 1989,](#)

[2023](#) , 7 de septiembre de 1998 ([RJ 1998, 6395](#)) y [15 de junio de 2006 \(RJ 2006, 3538\)](#) .

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha recogido igualmente la distinción en varias ocasiones, de manera especial en las RRDGRN 11 de octubre de 1982 ([RJ 1982, 6301](#)) , 1 de agosto de 2012 ([RJ 2012, 103819](#)) , 12 de junio de 2014 ([RJ 2014, 4616](#)) , 13 de febrero de 2015 ([RJ 2015, 1220](#)) , 5 de julio de 2016 ([RJ 2016, 4254](#)) y 29 de junio de 2017 ([RJ 2017, 3779](#)) .

Como se destaca en la [RDGRN de 5 de julio de 2016 \(RJ 2016, 4254\)](#) : «La diferencia entre ambos supuestos es muy importante. La simple norma de la partición vincula a los herederos, o en su caso, al contador-partidor designado para hacerla, en el sentido de que al hacerse la partición habrán de tenerse en cuenta las normas dictadas por el testador y adjudicar, siempre que sea posible, al heredero o herederos de que se trate los bienes a que la disposición testamentaria se refiere. Por el contrario, la verdadera partición testamentaria, determina, una vez muerto el testador, la adquisición directa *iure hereditario* de los bienes adjudicados a cada heredero, es decir, y como ha declarado la STS de 21 de julio de 1986 ([RJ 1986, 4575](#)) , es de aplicar a estas particiones el [artículo 1068 CC](#), según el cual, “la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”».

En este sentido, siguiendo el criterio de la [RDGRN de 12 de junio de 2014 \(RJ 2014, 4616\)](#) , si existe una verdadera partición hecha por el testador, es inscribible por sí sola la adjudicación de cada heredero tras su aceptación. En cambio, si estamos ante normas particionales impuestas por el testador, éstas tendrá que observarse en la partición que se realice entre los herederos, «siendo necesaria la concurrencia de la totalidad de los mismos y de su unanimidad puesto que de una partición del artículo 1057 se trataría. Además en este último caso, debería concurrir también el consentimiento de los legitimarios que no fuesen herederos a los efectos de que prestasen su conformidad a la formulación del inventario y cumplimiento de sus legítimas».

En el caso resuelto por la [RDGRN de 29 de junio de 2017 \(RJ 2017, 3779\)](#) , tras poner de relieve la distinción entre partición y normas particionales se concluye que «siendo un solo heredero, no sería preciso realizar partición si no fuera porque intervienen en la sucesión los herederos forzosos en su calidad de legitimarios, por lo que se hace necesaria la realización de inventario y avalúo a los efectos de determinar su cuota en el haber líquido del caudal relicto. El legado que se ha realizado a favor de los mismos en pago de su legítima es un legado de cosa con delimitación de cuota, por lo que para determinar si la cosa legada cubre o no su porción legítima se hace necesario ese inventario y avalúo del caudal hereditario».

Destacado lo anterior, *¿hasta que punto vinculan al contador las instrucciones particionales relativas a la satisfacción en dinero de las legítimas?* Desde luego parece que, fuera de los supuestos excepcionales en que se admite el pago en dinero extrahereditario de las legítimas, el contador-partidor se estaría

extralimitando en sus funciones. Lo que sí podría admitirse como norma particional es una autorización al contador para enajenar bienes de la herencia, y así obtener dinero con el que pagar los legados. Pero ello sólo cabría si tales legatarios no son legitimarios. La cuestión se planteó en el supuesto resuelto por la [RDGRN de 19 de abril de 2013 \(RJ 2013, 4826\)](#) : la causante, sin instituir heredero, había ordenado diversos legados, y atribuido al albacea contador-partidor las más amplias facultades para realizar todas las operaciones de partición de su herencia y entrega de legados, así como para vender dos inmuebles y distribuir el producto de su venta entre determinados legatarios que designaba como sobrinos, ahijados y hermanos políticos, a partes iguales. En la escritura de partición se habían inventariado los dos inmuebles expresándose que, no interesando a los legatarios la venta de los citados inmuebles «como consecuencia de la situación del sector inmobiliario», procedía el albacea a entregar, a título de legado y transmitir el pleno dominio de las dos fincas a diversos legatarios, quienes las adquirirían en la proporción que había dispuesto la testadora para el reparto del dinero que se hubiera obtenido con la venta. La registradora había suspendido la inscripción de la escritura alegando que «El albacea, en vez de ejecutar la voluntad literal de la testadora, adjudica a dichos legatarios el pleno dominio de ambas fincas», por lo que «es necesario que el albacea detalle la razón o razones que han determinado su actuación variando un legado en metálico –entrega del precio obtenido por la venta de las dos expresadas fincas– en un legado en especie –entrega en pleno dominio de las mencionadas fincas–». La DGRN consideró que «no es en modo alguno razonable llevar la interpretación del testamento a un extremo tal que vede una forma de cumplimiento lo más razonablemente cercana a la voluntad de la testadora (que no es otra que beneficiar en la mayor medida posible a los legatarios), cuando las circunstancias puedan aconsejar no proceder a la venta de los bienes, ante una situación de mercado desfavorable, pues lo contrario supondría abocarles a concertar una venta en condiciones gravemente perjudiciales».

En la Resolución objeto de comentario el contador-partidor no había sido autorizado para la venta de los bienes de la herencia, a los efectos de conseguir dinero con el que pagar las legítimas. Pero, como se destaca acertadamente, «aun cuando estuviera autorizado para vender bienes hereditarios, en este supuesto de partición ordinaria, habiendo legitimarios, el contador-partidor necesitaría el consentimiento de éstos».

V. Valoración final.

La RDGRN de 11 de enero de 2018 reitera el criterio mantenido con anterioridad por el Centro Directivo, conforme al cual las legítimas deben ser pagadas, en principio, con bienes de la herencia. Esta regla sólo se puede excluir cuando el legislador haya previsto expresamente que puedan ser pagadas con dinero extrahereditario. En el caso resuelto, al haber caducado la facultad de pago en metálico por el transcurso del plazo señalado en el [artículo 844](#) CC, se considera acertadamente que el contador-partidor sólo puede proceder a partir la herencia según las reglas generales, contenidas en los [artículos 1057](#) a [1063](#) CC,

adjudicando bienes concretos a los inicialmente designados como perceptores del metálico. Ello implica que no se precisa la aprobación de los legitimarios. Ni tampoco, por no resultar aplicable el [artículo 843](#) CC, aprobación por el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario.

Para adjudicar esos bienes concretos el contador-partidor ha tenido que hacer una valoración de los mismo, que no impide considerar la partición así realizada como directamente inscribible, sin necesidad de que concurra el consentimiento de los herederos y legitimarios. Lo paradójico de nuestra legislación es que, de haberse aplicado los [artículos 841](#) a [847](#) CC, esa misma valoración traducida a dinero, pero referida al valor de los bienes de la herencia, hubiera necesitado confirmación expresa de todos los hijos y descendientes, o aprobación por el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario ([artículo 843](#) CC, y en el mismo sentido el [artículo 80.2](#) del [Reglamento Hipotecario](#)).

De *lege ferenda* creo que debería modificarse el [artículo 843](#) CC excluyendo de esa necesidad de confirmación o aprobación la partición realizada por contador-partidor al que se inviste de las funciones previstas en el [artículo 841](#) CC. Cuando el testador nombra a un contador-partidor, y lo inviste de las referidas funciones, lo que quiere es evitar los conflictos que en las valoraciones puedan surgir entre los hijos o descendientes. Interpretar que las operaciones liquidatorias realizadas por aquél necesitan la confirmación de todos los legitimarios, o la aprobación del Letrado de la Administración de Justicia o del Notario, supone en realidad restar toda virtualidad práctica a la función de contador-partidor, que carece entonces de utilidad. Todo ello, como sucede en una partición ordinaria, sin perjuicio de las posibles acciones de impugnación que correspondan a los posibles perjudicados. De alguna manera esta es la solución que se apunta en la [RDGRN de 15 de septiembre de 2014 \(RJ 2014, 4742\)](#) , referida a un supuesto en el que se prevé el pago en metálico de las legítimas estrictas de los nietos (hijos de un hijo del testador desheredado) y no se nombra contador-partidor. Aunque no se cita el [artículo 843](#) CC, se considera imprescindible la concurrencia de todos los legitimarios «para la adjudicación y partición de la herencia, *a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia* ([artículo 1057.1](#) del Código Civil)».
