

Sobre si el contador-partidor puede rectificar
ajustándolas a la Ley las disposiciones testamentarias
que la violen

MANUEL ALBALADEJO
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: I. Planteamiento.— II. La facultad de interpretar del contador es ciertamente ajena a la discutida de rectificar.— III. La jurisprudencia.— IV. La doctrina.— V. Las disposiciones no rectificables por muy ilegales que sean.— VI. La rectificación sí es posible por consentimiento unánime de todos los interesados, pero entonces no se basa en poder del contador.— VII. Lo que sí puede hacer por sí solo el contador, no como rectificación disposiciones, sino como ajuste de la voluntad testamentaria a circunstancias sobrevenidas.— VIII. Los argumentos de razon a favor y en contra de la rectificabilidad por el contador de las disposiciones testamentarias que discrepen de la ley.

I. PLANTEAMIENTO

Al partir el contador debe de ajustarse al testamento y a las instrucciones que en este le dé el testador, y a la ley, aplicando directamente lo que proceda según el testamento, y supliendo sus deficiencias en lo que omita (si, por ejemplo, quedaron bienes del causante sin disponer, repartirlos según sus cuotas entre los herederos intestados, a tenor de lo que más tarde veremos). De modo que, desde luego, el papel del contador es *aplicar y suplir*. Pero si el testamento choca con la ley (así, si pretiere a un legitimario o le deja bienes que no cubren su legítima, como si instituye en la totalidad de la herencia por mitades a un hijo y a un extraño) ¿debe el contador partir, a pesar de todo, con arreglo al testamento, porque enjuiciar la legalidad o no de las disposiciones testamentarias corresponde a los Tribunales, o procede que lo haga acatando el testamento sólo hasta donde se ajuste a la ley, y a partir de ahí aplique ésta aun contra el testamento?

Este extremo de si el contador puede *rectificar* al partir el testamento que discrepe de la ley, es el único de que deseo ocuparme en el presente estudio. Por supuesto a nadie se le ha ocurrido defender que pueda apartarse del testamento que acate el Ordenamiento.

II. LA FACULTAD DE INTERPRETAR DEL CONTADOR ES CIERTAMENTE AJENA A LA DISCUTIDA DE RECTIFICAR

Sobre la facultad que corresponde al contador de interpretar el testamento en lo que se refiera a la partición, ya he escrito antes, primero yo solo (1), y luego con Díaz Alabart (2). Por eso ahora remitiendo a allí, únicamente quiero poner de relieve que entiendo que en principio prevalece, en los términos entonces dichos, la interpretación que (salvo que se haya encomendado tal facultad, por ejemplo, a un cierto albacea, en cuyo caso partiendo habrá que estar a lo que éste haya resuelto) el contador haga al hacer la división. Pero obsérvese que una cosa es esto, y otra distinta que le corresponda interpretar las disposiciones que sea, para aplicarlas partiendo; por ejemplo, no resolverá si se dejó un cuarto de herencia a cada uno de dos herederos o bien un cuarto para los dos, si las expresiones del testador son confusas al respecto, porque tal extremo, aunque repercute, en el partir, no pertenece a ello, sino al disponer. Y si están unidas inseparablemente la interpretación de lo dispuesto y la de su ejecución, debe de resolver quien tenga aquella, que es generalmente el albacea, que siéndolo también, puede ser asimismo el contador; y en defecto de otro llamado a interpretar la disposición, corresponderá interpretarla al contador como medio para poder partir. Ahora bien, el tema de interpretar debe de ser separado cuidadosamente de la rectificación de las disposiciones testamentarias, pues una cosa es desechar expresiones que se entiende que no recogen el verdadero espíritu del testador, y decidirse por otro que no está literalmente bien manifestado, y otra que habiendo hallado el espíritu que se cree verdad, se pueda rechazarlo y poner en su lugar uno distinto que el contador considera más ajustado a la ley.

Todo lo que en este estudio digo sobre que el contador no puede rectificar o corregir las disposiciones testamentarias, queda fuera de su facultad de interpretar en tema de partición. Hacer esto sí puede, aquéllo no. Cuando la discusión verse sobre el sentido de algo referente a la partición, a él le compete dárselo. Teniendo un cierto sentido, no le pertenece a él preferir otro que considere mejor o más legal. Todo ello, por supuesto, dando por seguro que surgirán a veces dificultades prácticas para trazar la frontera entre un caso y el otro.

(1) En mi *Derecho civil*, V. 1.^o, 1979, p. 345.

(2) ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por mí, XIV, vol. 2.^o, 1989, p. 228 y ss.

III. LA JURISPRUDENCIA

Un examen superficial de las sentencias y de los autores podría dar la impresión de que tiene un cierto ambiente en la jurisprudencia y en la doctrina la teoría de que el contador-partidor puede apartarse del testamento en lo que éste sea ilegal. Pero como voy a demostrar en particular por lo que toca a la jurisprudencia, esa impresión sería falsa, porque aunque haya algún fallo que sí lo mantenga realmente, aparte de los que dicen lo contrario, muchos de los que se cree que defienden aquéllo no lo apoyan de verdad porque en realidad están dictados para otras hipótesis.

Las sentencias o resoluciones que afirman algo que sirva, o que parezca que sirve, en el tema presente, las recojo a continuación, y si es que realmente creo que no sirven, digo por qué:

La sentencia de 18 de octubre de 1890 es una de las falsamente defensoras de la facultad de rectificar el contador. Dijo que «la declaración que con error hace un testador en su última voluntad, consignando que en su matrimonio no ha habido gananciales, no puede perjudicar al cónyuge sobreviviente; ni esta declaración desmentida por otras pruebas han de aceptarla los testamentarios, que sólo vienen obligados a cumplir la voluntad del testador en cuanto las disposiciones de éste se conformen con las leyes».

En el caso, pues, propiamente, no se trataba de una *disposición testamentaria*, sino de no estimar privativos del testador bienes que realmente no lo eran, sino que eran en parte gananciales, lo que no dependía en absoluto de que el testador dijese en su testamento que en su matrimonio no había de éstos. Así, pues, de lo que la sentencia permitió apartarse al contador no fue de una disposición testamentaria.

La resolución de 20 de mayo de 1898, que citan algunos, realmente no viene a cuento en nuestro tema, porque lo que se discutió en su caso fue la validez de una disposición testamentaria, no de una partición de contador, y, además, la partición que había estaba hecha, no por contador, sino por los herederos, y como en ella se rectificó lo dispuesto en el testamento con el asentimiento unánime de todos los interesados, se estimó valer el acuerdo de estos, prevaleciendo sobre el testamento, y declarándose su accesibilidad al Registro. Pero ya se comprende que fue por este acuerdo y no por rectificación alguna de lo dispuesto en el testamento hecha por un contador inexistente; ni lo que dijo la resolución abona en absoluto que el mismo criterio de prevalecer la partición sobre el testamento, por el acuerdo en cuestión, valga para que prevalezca sobre el testamento la rectificación que de él haga el contador al partir.

La sentencia de 2 de julio de 1904 aun citada por alguno tampoco afecta a nuestro tema.

En cuanto a la resolución de 26 de septiembre de 1904, ni admite la validez de rectificación hecha del testamento por el contador en parti-

ción, y ni siquiera se refiere a partición de contador, sino que se refiere a testamento que a pesar de no consignar la hora de su otorgamiento, los interesados acataron partiendo según él, y frente a la nota del Registrador que denegó la inscripción por el defecto de la hora, la Dirección General ordenó que se practicase por subsanar tal defecto el acuerdo de todos los interesados.

Tampoco viene a nuestro caso la resolución de 30 de junio de 1910 en la que habiendo preterición de herederos, los instituidos, los preteridos y el contador, que lo había, partieron de común acuerdo todos, apartándose del testamento y subsanando la preterición. Contra la nota del Registrador alegando la discrepancia de la partición y el testamento, la Dirección General estimó la inscribibilidad por considerar deber procederse al reparto de los bienes según el acuerdo unánime de los interesados a pesar de no coincidir con el testamento. Pero, dicho lo anterior, hay que añadir dos cosas claras: una, que la razón de admitir la rectificación del testamento por la partición fue, no la decisión del contador, sino el acuerdo de todos los interesados; otra, que, como es sabido ya (2 bis), no es partición de contador la que aunque lo haya no hace este solo, así que lo que se diga para tal caso no vale para la verdadera partición del contador.

Ni vienen a cuento las resoluciones de 31 enero 1913 y 10 mayo 1950 ambas dos que para casos de preterición declaran inscribibles las particiones hechas por todos los interesados si de común acuerdo aceptan los instituidos compartir la herencia con los preteridos. El común acuerdo vuelve a ser la base de poder apartarse del testamento. Y si hubiese habido contador conforme con los herederos y partiendo en concurrencia con éstos, no habría, como dije antes, partición de contador.

La resolución de 18 de diciembre de 1951 sí que es un fallo que verdaderamente se proclama contrario a que el contador-partidor pueda apartarse del testamento.

Sostuvo que los contadores-partidores, en el uso de sus facultades, han de sujetarse de forma «estricta al testamento, que constituye la norma fundamental de la sucesión, y sin que tales facultades alcancen a declarar por sí nulo e ineficaz un testamento del causante o alguna de las cláusulas en que ordene la distribución de la herencia, ni a prescindir de los derechos sucesorios concedidos por el padre al hijo ilegítimo, como se hace en el presente caso, ya que tales cuestiones corresponden a los Tribunales de justicia».

En el caso se trataba de que ante dos testamentos del causante que eran compatibles, en uno de los cuales instituía a sus hijos legítimos y en el otro reconocía con los mismos derechos que a aquéllos a uno ilegítimo no natural, el contador-partidor limitó a recibir alimentos los derechos del ilegítimo. Luego lo que persigue la resolución es que no valga la decisión del contador de reducir la cuota que el testador dejó

(2 bis) Véase ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV, vol. 2.º, 1989, p. 185 y ss.

al hijo ilegítimo, cuando se la pudo dejar sin chocar con la ley. Mas, aunque como no había choque entre testamento y ley, lo que el Tribunal Supremo dice no es específico para decidir que aun en el caso de que lo haya ha de atenerse el contador al testamento, sin embargo, está bien claro que la resolución se inclina en general por que en todo caso el contador ha de atenerse pura y simplemente al testamento.

La sentencia de 11 de febrero de 1952, es una que está a favor de poder el contador-partidor apartarse del testamento.

Recaída en un caso de testamento otorgado en España por un súbdito francés que falleció dejando un hijo y cuatro nietos, hijos de otro hijo premuerto, a los cuales el testador atribuyó como mejora y prelegado los dos tercios de su herencia, los albaceas contadores formalizaron la partición asignando a los nietos por aquellos conceptos de liberalidad un solo tercio del caudal por aplicación de los artículos 913 y 920 del Código civil francés que prohíben toda liberalidad *inter vivos* o *mortis causa* que exceda el tercio de la herencia en supuesto como el de autos, y, ante esta actuación de los contadores, una de las cuatro nietas del testador promovió contra su tío y hermanas el presente pleito solicitando la declaración de nulidad o inexistencia de las operaciones particionales por estimar, esencialmente, que los albaceas contadores carecían de facultad para alterar la voluntad del causante, reduciendo a un tercio la mejora y prelegado que el testador había extendido a los dos tercios de su herencia.

Pues bien, el Tribunal Supremo declaró que «si el testador se extralimitó distribuyendo sus bienes en cuantía no permitida por su ley nacional en cuanto a la mejora y prelegado que dispuso, los contadores que en la partición se atuvieron al estatuto personal del causante, subsanando la transgresión en que éste había incurrido, procedieron correctamente y actuaron de acuerdo con el espíritu que informa el artículo 901 del Código civil, porque si bien son ejecutores de la voluntad del testador a efectos de la partición de su herencia, se deben ante todo al cumplimiento de la ley prohibitiva, que tiene fuerza vinculante para el testador y para los contadores, con rango imperativo superior o preponderante a la voluntad de aquél y de éstos».

La resolución de 14 de agosto de 1959 en otro caso de preterición admitió que el contador podía partir en discrepancia con el testamento, pero ello, si todos los interesados estaban conformes en admitir derechos hereditarios distintos de los dispuestos por el testador.

Y no cito ya más fallos en los que lo que se dice es que con acuerdo de todos los interesados se puede cambiar lo dispuesto por el testador, porque evidentemente tales fallos admiten el cambio por el acuerdo en cuestión, no porque el contador pueda rectificar.

La sentencia de 8 de marzo de 1954, niega al contador partidor la facultad de apartarse del testamento. Literalmente afirma que el contador no está autorizado «para alterar los derechos que se derivan del testamento».

La sentencia de 22 de abril de 1967, en la que se dice que en la ya recogida de 18 de octubre de 1890 se «llega a eximir incluso al albacea de la obligación de cumplir la voluntad del testador cuando sus disposiciones no se ajusten a las leyes».

Mas la verdad es que ya se vio en qué caso hace esta afirmación la de 1890, y además es que la de 1967 tampoco la hace ante caso de atenerse el contador no al testamento, sino a la ley que éste contradiga, sino simplemente a fin de reforzar la idea de que para impugnar una disposición testamentaria no hay que esperar a que se le dé ejecución por el albacea contador-partidor que aún no ha realizado la partición, «pues es indudable —dice la sentencia—, de una parte, que ha de poder ser anulada la cláusula testamentaria y aun un testamento en su totalidad sin necesidad de haber sido previamente ejecutado, cuando existan razones legales para ello», y agrega la sentencia como argumento a mayor abundamiento a favor de esta tesis que «es más, la sentencia de octubre de 1890 llega a excluir incluso al albacea de la obligación de cumplir la voluntad del testador cuando sus disposiciones no se ajusten a las leyes».

Con lo que queda claro que la sentencia de 1967 ni resolvió caso de contador-partidor que partiese acogiéndose a la ley de la que el testamento discrepase, ni sirve para apoyar que pueda o deba hacerse así.

La sentencia de 24 de febrero de 1968, que dio por bueno lo hecho por los contadores-partidores y dijo que «en todos estos puntos [los discutidos] se limitaron los susodichos contadores-partidores a subsanar o corregir los defectos o transgresiones de la voluntad testamentaria que tenían ciertamente la obligación de respetar, pero —como ya dijo esta Sala en la sentencia de 11 de febrero de 1952— nunca de un modo ciego y automático, sino ajustándose siempre a lo dispuesto en la ley y subsanando en este sentido los defectos y omisiones de aquélla».

Pero es que en el caso de la sentencia se trataba de discusión relativa a la existencia de ciertos bienes gananciales o a la ganancialidad de algunos otros descubiertos aparte de los mencionados en el testamento, en que el testador habría hecho partición él mismo en ciertos extremos, estimando el Tribunal Supremo que lo hecho por los contadores no tenía sentido que excediese de lo que permiten las reglas de interpretación de los artículos 1.281 y 1.285 ni que pudiese estimarse que significase «apartamiento de la ley particular de la partición el hecho de que se excluyesen bienes de que el testador había dispuesto después del otorgamiento de su última voluntad, o se distribuyesen con la misma proporción ordenada saldos de cuentas y valores mobiliarios de que el causante no había hecho atribución concreta e incluso se incluyesen como bienes gananciales del primer matrimonio dos casas sitas en la ciudad de Cartagena —al margen por completo de su valor económico— que no había mencionado dicho testador, pero que según resultó de la inscripción existente en el Registro de la Propiedad, fueron adquiridas a título oneroso vigente al primer matrimonio [el testador

era bínubo], quedando, por tanto, incursas en la catalogación de ganancialidad del número 1.º del artículo 1.401 del Código civil».

Todo lo que significa que realmente no se juzgó un caso en el que en rigor los contadores no aplicasen lo dispuesto por el testador, sino que prefiriesen a ello y aplicasen en la partición preceptos legales que aquello infringiese.

La resolución de 14 de abril de 1969 que dio por buena la reducción de un legado dispuesto por el testador hecha por el contador-partidor, con lo que se apartó del testamento, pero porque en la partición tenía incidencia la determinación de qué bienes poseían el carácter de reservables, para lo que el contador-partidor está facultado, amén de que se trató de ajustar la adjudicación de bienes al valor total posible de la manda que se dispuso.

Y, por último, el más reciente fallo, la resolución de 1 de diciembre de 1984, contundentemente contrario a que el contador-partidor pueda apartarse del testamento.

Según esta resolución «el contador-partidor tiene la obligación de interpretar la voluntad testamentaria, sin que tenga facultad alguna para declarar por sí su nulidad o ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de justicia a solicitud de los herederos que procedan a su impugnación».

Hasta aquí los fallos en cuestión. De ellos, según lo expuesto, resulta claro que aun no habiéndose contemplado en muchos de los mismos verdaderos choques entre disposiciones testamentarias y ley, sin embargo, ciertamente que el Tribunal Supremo o la Dirección General han venido a decir, a veces, que al partir los contadores-partidores no deben atenerse sólo al testamento de un modo ciego y automático, sino también a la ley, y que ésta tiene fuerza de obligar a los contadores con rango superior a la voluntad del testador, lo que significa que en el choque ley-testamento, el contador debería aplicar aquélla, y no éste, al partir, así, pues, que la partición que haga debe atenerse al testamento en tanto en cuanto que lo dispuesto en él sea legal, y en lo que no lo sea, a la ley, pero otras veces han dicho que los contadores deben atenerse siempre rigurosamente al testamento, y que si hay en él disposiciones que choquen con la ley no es misión de los contadores juzgar ese extremo sino de los Tribunales, pues aquéllos deben de limitarse a ejecutar lo que el testador dispuso.

IV. LA DOCTRINA

Lo anterior, por lo que toca a la jurisprudencia. En cuanto a lo que toca a la doctrina:

Roca Sastre (3) dice brevemente que «el comisario, cuando las disposiciones testamentarias no se ajusten a Derecho, deberá *dar preferencia a la ley*, pues la voluntad del testador debe de estar encuadrada dentro de los cauces legales».

Díez-Picazo y Gullón (4) recogiendo algunas de las sentencias citadas, dicen, usando sus expresiones, que «las facultades particionales han de ejercitarse conforme a la voluntad testamentaria. El contador-partidor ha de respetarla, pero no de un modo ciego y automático, sino ajustándose siempre a la ley, y subsanando en este sentido los defectos y omisiones del testador».

Y más o menos Clemente Meoro (4 bis) transcribe lo que dicen Díez-Picazo y Gullón.

Por el contrario Lacruz y Sancho (5) afirman, diferentemente, que «si en el testamento hay disposiciones contra ley, producirán o dejarán de producir sus efectos con independencia de la voluntad del comisario, pues si bien él tiene facultad de corregir errores y equivocaciones cometidos por el disponente, no puede hacer válidas las disposiciones nulas. No puede —agregan Lacruz y Sancho— el comisario ser juez de la legalidad de las disposiciones del causante y así considerar bien o mal hecha una desheredación o ilícita una condición, e incluso apreciar la existencia de preterición. Todo ello corresponde a los Tribunales, y sólo tras su pronunciamiento podrá el comisario (si está dentro de plazo, cosa improbable a menos que se entienda este suspendido por aplicación del artículo 904) dar cumplimiento al encargo del testador».

Y yo ya dije (6) que «en puridad de principios, como su papel [el del contador] es *dar ejecución* (en lo que respecta a la distribución de bienes) a lo dispuesto por el causante, no es misión suya ni la de corregir lo mal dispuesto por éste ni la de dar cumplimiento a la ley en vez de a la voluntad del difunto cuando lo que este ordenó es ilegal. Es decir, lo dispuesto indebidamente por el difunto padecerá de la invalidez que sea, y podrá ser atacado por quien corresponde, pero el contador no está para *legalizar la situación* a base de *no* aplicar lo que aquél estableció, sino lo que debiera haber establecido».

Posteriormente, igual opinión comparte Díaz Alabart conmigo (7).

(3) *Estudios de Derecho civil*, II, 1948, p. 409.

(4) *Sistema de Derecho civil*, IV, 4.^a ed. 1988, p. 554.

(4bis) En *Derecho de sucesiones*, coordinado por CAPILLA, LÓPEZ, ROCA, VALPUESTA y MONTÉS, 1992, p. 635.

(5) *Elementos de Derecho civil*, V, 1988, p. 154.

(6) *Derecho civil*, V, 1.^o, 1979, pp. 345 y 346.

(7) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, vol. 2.^o, 1989, p. 263.

V. LAS DISPOSICIONES NO RECTIFICABLES POR MUY ILEGALES QUE SEAN

La verdad es que el apartarse el contador del testamento, podría caer que lo hiciese, burlando la confianza depositada en él por el testador, para realizar una partición quizás simplemente arbitraria o hasta posiblemente favorecedora de alguno de los herederos, que ni llevase a la práctica el testamento ni la ley en lo que aquél tuviese de ilegal. Ahora bien, ese caso de partición que, en todo o en algo, prescinde del testamento, pero no por acogerse a la ley, aunque posible, es insólito o aun habría que decir más, no se da absolutamente en la práctica, pues en la vida real lo que hay son particiones en las que el contador se aparta del testamento para ajustar la sucesión a una legalidad que aquél ha violado.

Y ¿es que para la ley hay infracciones testamentarias corregibles por el contador, es decir, disposiciones testamentarias infractoras ante las que este pueda encontrarse y no debe acatar?

Siendo su papel exclusivamente partir, es claro que sólo podrían ser las que se refieren a este extremo o hayan de aplicarse al partir o tengan influencia directa o indirecta en la partición a hacer, así que de entrada hay que dejar fuera el tema de la corregibilidad o no de otras disposiciones testamentarias posibles. De este modo no se plantea caso para la invalidez por falta de capacidad del testador, o la invalidez formal del testamento, etc., que no se refieren a la partición y a las que el poder del contador no alcanza en absoluto. Ante posibles invalideces del testamento procedentes de esas causas, el contador nada tiene que juzgar ni decidir, sólo que percatado del riesgo de invalidez, podrá llevar adelante la partición a pesar de todo o abstenerse de hacerla, pero en los mismos términos en que podría aun siendo válido el testamento.

Yo opino que también las disposiciones testamentarias afectantes a la partición son intocables aunque sean ilegales. Pero quiero hacer una relación *sin ánimo exhaustivo*, como se dice, que ya se sabe que significa con propósito de *enumerar todas las que sepa o se me ocurran*, pero sin que en virtud de la advertencia de no proponerme recogerlas todas, se me pueda acusar de que se me escapó alguna:

Ninguna de las que recojo es corregible en ningún caso: así que ni sí las de un tipo pero no las de otro, ni sí las importantes, pero no las menores, ni sí estas, pero no aquéllas.

Puesto que la partición que ha de hacer el contador engloba una serie de operaciones, inventariar los bienes, evaluarlos, liquidar las deudas, practicar la reunión ficticia, fijar las legítimas, establecer las reservas, colacionar, hacer los lotes y adjudicarlos, cualquier disposición del testador sobre alguno de esos extremos, o que incida en él aunque infrinja precepto legal, superando los límites permitidos, como si viola la legítima, debe de respetarla el contador, si bien cuando se trata de relación que de sus bienes que haga el testador, y resulte que omite

algunos o incluya de más, tal cosa no constituye una infracción legal sino una omisión o un exceso, y el contador deberá dar cumplimiento al testamento, si bien aplicándolo sólo a los verdaderos bienes hereditarios y a todos ellos.

Según digo, debe respetar el contador lo que toca a disposiciones testamentarias que violen la legítima, como si el causante valoró por alto o por bajo equivocadamente (sin que el error le autorice a corregirlo ni aun dentro de los límites en que permita impugnar las disposiciones testamentarias) o aun aposta bienes; dando así lugar a que quede sin cubrir la herencia forzosa de alguien, o ésto se produce por dejarle menos de la cuota que le corresponde, como debe respetar las disposiciones condicionales sin poder juzgar sobre la admisibilidad o no de la condición, como debe de respetar la disposición de bienes reservados que el testador destine a no reservatarios, o respetar la disposición que dispense, por supuesto improcedentemente, a ciertas donaciones de reunión ficticia, o de colación a un legitimario al que donó, quien con su *donatum* y *relictum* daña la legítima de otros, como debe respetar las imputaciones que el testador realice contra lo que la ley dispone, o las adjudicaciones que haga que no cubran o excedan la cuota en que instituyó al adjudicatario o corresponda a este de cualquier modo.

Siguiendo con la relación de lo en que el contador no puede rectificar el testamento, es decir, ha de acatarlo tal cual por muy ilegal que sea, cabe decir que:

No puede dejar fuera de la herencia excluyéndolo de la partición a un indigno no rehabilitado al que hubiese instituido el testador.

No puede dejar fuera de la herencia excluyéndolos de la partición a los incapaces relativos de suceder (arts. 752 y ss.) (8) que hubiese instituido el testador.

No puede hacer que sucedan incluyéndolos en la partición a los injustamente desheredados por el testador, y claro está que menos si fueron desheredados justamente, y en todo caso tampoco puede incluir en la partición a los descendientes del desheredado que conservan el derecho de éste a la legítima (C.c. art. 857) (9).

No puede excluir de sustitución fideicomisaria a un llamado más allá del segundo grado.

(8) Lo mismo en el caso de incapacidad relativa que en el de indignidad, entiendo CAMY (Contador-partidor y personas a quienes válidamente puede adjudicar bienes, en *R.D.P.* 1968, p. 324) que el contador tiene la facultad de excluir de la partición, es decir de rectificar el testamento, a los incapaces cuya incapacidad —dice— «no requiera la apreciación de pruebas de ninguna clase porque se derive de un hecho indiscutible».

Ello probablemente sea muy sensato en pura lógica porque evitará trámites y dilaciones, pero es lo cierto que privaría sin más de un derecho, todo lo claudicante que se quiera, por decisión del contador, cuando el favorecido debe tener la protección del testamento hasta que los tribunales decreten la invalidez de su institución.

(9) Lo contrario opina CAMY, *ob. cit.*, en *loc. cit.*, p. 322.

VI. LA RECTIFICACIÓN SÍ ES POSIBLE POR CONSENTIMIENTO UNÁNIME DE TODOS LOS INTERESADOS, PERO ENTONCES NO SE BASA EN PODER DEL CONTADOR

Todas esas cosas no las puede hacer el contador por sí solo, aunque ciertamente valen si, como ya se ha visto y después insistiré, las hace con el consentimiento unánime de todos los interesados que hayan acordado regular la sucesión, no como el testamento, sino como el contador la parte, en cuyo caso la fuerza de la partición no le proviene de ella misma a pesar de no ajustarse al testamento, sino que tal fuerza procede de aplicar una sucesión que aunque no esté dispuesta por el testador se ha acordado por los interesados y a ella se ajusta la partición. O si es que sin previo acuerdo de todos los interesados sobre la sucesión el contador partió, discrepando del testamento pero con intervención de todos aquéllos de común acuerdo, entonces la partición valdrá, pero no como partición del contador. Y si, por último es que el contador sólo partió en discrepancia con el testamento, y luego todos los interesados aprueban lo que hizo, esto valdrá como partición de contador, pero no por valer tal partición discrepante del testamento, sino por darle fuerza el acuerdo unánime de los interesados de acatarla.

De modo que, en estos casos vistos, en definitiva, nunca obliga de por sí la partición del contador que se aparte del testamento y aplique la ley en vez de las disposiciones de aquél, pues sólo obliga por el acuerdo de aceptarla los afectados (10).

VII. LO QUE SÍ PUEDE HACER EL CONTADOR POR SÍ SOLO, NO COMO RECTIFICACIÓN DE DISPOSICIONES, SINO COMO AJUSTE DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA A CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS

Lo que sí puede y debe hacer el contador al partir, porque ello no es *rectificar* el testamento, es introducir las modificaciones que en la sucesión procedan de la propia aplicación del testamento a una situación que ha cambiado de la inicial contemplada por el testador, o ha seguido un desarrollo que lleva a consecuencias nuevas siempre que el resultado arranque o se origine de llamamientos principales o subsidiarios hechos por el testador y concluya dentro de lo dispuesto por éste. Así que hacer estas cosas no es *rectificar* disposiciones testamentarias, lo que está prohibido al contador, sino *ajustar* las disposiciones a un contexto

(10) Es útil para los extremos anteriores el estudio de GARCÍA GARCÍA. *Inscripción de la partición conjunta de contador y herederos y de la partición de contador con la aprobación de los herederos o con intervención de éstos a otros efectos*, en R.C.D.I., 1977, p. 287 y ss.

nuevo, lo que le está permitido porque *ejecuta*, en vez de *arrumbar* la voluntad testamentaria.

Por poner un ejemplo que aclare el sentido del anterior párrafo quizás no muy concreto, diré: si, se trata de testamento que contiene una sustitución vulgar y ha muerto el instituido, el contador dividirá sin más, adjudicando la parte de éste al sustituto porque es claro que el testamento contenía la delación a favor de éste subsidiariamente a la de aquél.

En virtud de esa aplicación del testamento lo mismo en sus disposiciones directas que subsidiarias, pero aplicación siempre de lo establecido aun no en primer término en él, y nunca en su contra, el contador puede sin más y simplemente ejercitando sus facultades que le provienen del testamento que ejecuta:

Cuando se dé caso de acrecimiento, atribuir la parte del llamado que falte a quien o quienes tengan derecho a que engrose la suya.

Cuando no herede el instituido, atribuir su parte al sustituto vulgar que el testador le haya nombrado.

Cuando no herede el fiduciario, atribuir la herencia al fideicomisario.

Cuando falte el fideicomisario atribuir al fiduciario definitivamente la herencia libre de fideicomiso.

Cuando no herede el instituido atribuir su parte al representante testamentario que el testador le haya nombrado o que le nombra la ley en el caso del art. 814, párrafo antepenúltimo (el descendiente de otro descendiente no preterido que no suceda, representa a éste en la herencia testada del ascendiente de ambos), en cuyo caso le basta al contador la constancia de ser descendiente del descendiente el sucesor al que le va a adjudicar la parte de aquél, sin tener que obtenerse declaración de herederos.

Además, en todos esos casos le puede corresponder resolver si el que procede es uno de ellos o el otro, porque habiendo duda su solución pertenezca, en los términos que dije *supra*, ap. II, a la interpretación del testamento que es del contador.

No le corresponde cuando después de morir el testador fallezca el instituido sin haber aceptado ni repudiado, atribuir su parte a sus transmisarios, y no le corresponde porque éstos serán los herederos del instituido premuerto, pero herederos del mismo o abintestato o por otro testamento distinto de aquél cuya herencia parte el contador, así que la constancia de que sean tales herederos no la obtiene el contador del propio testamento que él ejecuta, sino de unir este a la declaración de los transmisarios como herederos abintestato o por testamento, de modo que precisará el contador basarse en este testamento o declaración de herederos, y no obrar sólo por el del causante inicial que le confió su partición.

Igual cabe decir para si por falta de alguno de los instituidos o de todos, la herencia llega a corresponder en parte o por completo a la sucesión intestada. Entonces el contador que recibió el encargo de partirla cuando era testada, lo conserva (salvo voluntad contraria) al pasar a intestada, pero no puede resolver por sí solo quiénes sean los herederos intestados a quiénes corresponde el puesto del testado que falta, así que partirá previa obtención de la oportuna declaración de quiénes son éstos. De cualquier modo, véase la resolución de 14 de agosto de 1959. Que tal cosa deba de ser así, se sigue de un argumento palpable, que es: si, como puede, aunque sea insólito, el testador, sin instituir herederos, nombra un contador para que divida su herencia intestada, es claro que para partirla se deberá obtener antes la declaración de herederos; así que lo mismo, si la falta de herederos testados procede, no de que no se nombraron, sino de que aun nombrados no sucedieron.

En ambos casos, de sucesión *iure transmissionis* y de intestada, lo que sí puede corresponder al contador (aunque, desde luego pueda ser impugnado) es decidir interpretando el testamento, en los términos que dije *supra*, ap. II, si realmente proceden aquellas o más bien la herencia debe de seguir otro camino, como el acrecimiento, la sustitución vulgar, etc.

Examinadas las delaciones vistas y advertidas las facultades del contador en el derecho de representación en la sucesión testada, del de la sucesión intestada, no hay que decir sino que obviamente también necesita la declaración de herederos de quienes lo sean por representación para que parta entre ellos el contador al que insólitamente se hubiese encargado la división de la herencia.

Todo lo expuesto, ciertamente queda demasiado conceptual. Pero la verdad es que me parece como lo he dicho, aunque pueda pensarse que resulta sofisticado en exceso el que sea a tenor de ello como caiga el caso que sea dentro o fuera del grupo en el que hay facultades totales del contador.

VIII. LOS ARGUMENTOS DE RAZÓN A FAVOR Y EN CONTRA DE LA RECTIFICABILIDAD POR EL CONTADOR DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS QUE DISCREPEN DE LA LEY

Los argumentos posibles a favor de la rectificabilidad del testamento por el contador podrían ser bien sencillos, y a primera vista atractivos y hasta convincentes, resumiéndose en:

1.º Ser más efectivo, rápido, cómodo y económico corregir ya al aplicarlo lo que está mal, que aplicarlo a pesar de lo mal que esté, obligando así a seguir después un procedimiento para deshacer lo mal hecho.

2.º El contador debe rectificar porque no puede ejecutar algo ilegal, la disposición testamentaria que lo sea. No puede hacerlo porque no le corresponden facultades contrarias a las leyes (C.c. art. 901, *in fine*), y lo sería la de ejecutar una disposición ilegal. Argumento que quizás tiene la respuesta de que el art. 901 está pensando en que se den al contador facultades que en sí rehace la ley, y no en las de ejecutar lo dispuesto (legalmente o no) por el testador.

Ahora bien, a esas razones pro rectificabilidad, cabe oponerles otras de más peso, en mi opinión, como son:

1.º El contador está para *ejecutar* (el testamento en lo que toca a la partición), no para *corregir* o *juzgar* lo que ha de aplicar.

2.º La confianza que le otorga el testador es para que cumpla lo que le confía, no para que rectifique lo que dispuso que se hiciera, luego para esto no tiene poderes del testador, poderes que le serían necesarios para hacerlo (11).

3.º Permitiendo rectificar al contador, se le faculta, no ya para operar en su campo, que es la partición, sino hasta en el de, saliéndose de su misión, las disposiciones testamentarias, para que partiendo según las que el contador configure, no resulte una partición como habría correspondido a la disposición rectificada. Ahora bien, me parece sumamente irregular que se pueda defender que a quien cuando está en su simple papel de contador, no se le deja salirse de las fronteras de la partición, se le puedan dar en algún caso facultades no ya de partir sino de modificar las disposiciones según las que va a partir, para las que ni siquiera tiene poder de interpretación.

4.º Si en el cumplimiento de su misión de partir, por muchas ilegalidades que pueda cometer el contador partiendo, la partición se mantiene creando un estado de derecho hasta que sea impugnada, no veo cómo pueda pensarse que sea de menor categoría el testamento, cuyas disposiciones podrían ser despreciadas por el contador sin impugnarlas.

5.º No cabe rectificar las disposiciones testamentarias ilegales por la partición del contador, cuando si hay que pasar por la partición ilegal del testador hasta impugnación, más hay que pasar hasta impugnación por sus disposiciones testamentarias ilegales.

6.º El testamento y sus disposiciones podrán ser impugnadas por los interesados, pero entretanto hay que acatarlos por todos, y también por el contador, lo que le obliga a ejecutar lo dispuesto por el testador tal cual lo dispuso, naturalmente a riesgo de que se impugne después tanto la partición como la disposición si chocan con la ley, pero antes de esto no puede tomarse el contador por sí y ante sí la iniciativa de rectificar nada.

7.º Por supuesto, si al contador le parece ilegal lo que debe ejecutar, le cabe abstenerse de partir, bien no aceptando el cargo, bien renun-

(11) Y aun eso dando por bueno que no lo impidiese el art. 670.

ciando si ya lo había ocupado, pues sin duda podría estimarse justa causa (C.c., art. 899) verse obligado a cumplir disposiciones ilegales.

8.º También le cabe al contador tomar otra medida en vez de meterse a rectificar por su cuenta, la medida de convocar a los interesados para que por unanimidad resuelvan sustituir la disposición irregular por un acuerdo que no choque con la ley y sea así ejecutable sin reparos por el contador.

Este es el verdadero argumento que quita dramatismo al 1.º de los a favor de la rectificabilidad, pues no puede negarse que forzar a los perjudicados por el testamento a su impugnación para ajustarlo a Derecho y luego aplicarlo al partir, es mucho más incómodo que dar por bueno los favorecidos por la partición lo que haya hecho el contador acoplándose al testamento en lo legal y a la ley en lo ilegal, siempre, se sobreentiende, en tanto estén conformes los interesados o en tanto no acudan a los Tribunales. De este modo se arreglará todo con más prontitud y economía, aunque me parece innegable que queriendo el favorecido por la disposición ilegal del causante, que la partición se haga conforme a ella, podrá impugnar la disconforme. Si bien entonces se encontrará que, en el oportuno procedimiento judicial, lo que le opondrán los demás es que lo que se debe hacer es invalidar en lo ilegal la disposición del causante para no tener que aplicarla en la partición.

De modo, pues, que con esos peso y contrapeso de conveniencias, los interesados ellos mismos, procurarán evitar un litigio, llegando de antemano al acuerdo de lo que con toda probabilidad dirían después de aquél los Tribunales, y así no habrá que llegar a rectificación unilateral del contador, sino que habrá rectificación por acuerdo de todos los interesados, que será el que dé base a que la partición no aplique la disposición ilegal.

9.º Si se concediese al contador la facultad de rectificar por sí solo, se le habría hecho juez del caso, y dejado depender su decisión de su solo criterio; lo cual es evidentemente más arriesgado que mantener la disposición testamentaria tal cual, y que el interesado que la considere ilegal la impugne si es que quiere para que si procede y después de un juicio se la invalide con muchas más garantías.

10.º Por mucho que se dijese que sólo cabría rectificar cuando haya precepto legal claramente infringido en el testamento, resultaría por lo menos con frecuencia, quedar en manos del contador la apreciación de los hechos para estimar si eso se da en el caso. Amén de que, por otro lado, una infracción clara e innegable no se comprende cómo no pueda esperar algo para ser declarada por los Tribunales, que siendo tan segura, sin duda la declararían.

11.º Permitir que rectifique el contador es invertir sin razón las posturas de las partes, que de tener que ser demandado el favorecido por el testamento para impugnar los derechos que éste le concede, pasaría a tener que demandar él si tales derechos se le niegan por el con-

rador que no ajusta su partición al testamento. Lo cual es totalmente arbitrario.

12.º Y para acabar, permitir que rectifique el testamento por sí solo el contador, por muy ilegal que sea la disposición que deseche, me parece muy fuerte que sea cosa que esté autorizada por la ley a una persona a la que el testador lo que le ha encomendado es «la *simple facultad* de hacer la partición».

Después de todo lo expuesto pienso que se puede estimar que sólo habría una razón de puro hecho para tolerar la rectificación del contador, la razón de que a los interesados no solerá serles útil reclamar contra ella, ya que su reclamación no conseguiría nada definitivo si contra tal reclamación se invoca la ilegalidad de la disposición del testador. Pero una cosa es eso, y el que quiera que lo haga, y otra que en el rigor de los principios sea correcta la rectificación del contador.

Para acabar, una cosa creo: que incluso aceptando la posibilidad de rectificar, más parece que hacerlo no sería un deber del contador, sino una simple oportunidad que podría utilizar o no.