



¿PUEDEN LOS ALBACEAS CONTADORES-PARTIDORES ENTREGAR LEGADOS ANTES DE HACER LA PARTICIÓN?

Sergio Cámara Lapuente

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN: En caso de que el testador haya designado albaceas contadores-partidores con facultad de entregar los legados, ¿podrían éstos entregar todos o parte de los legados sin haber realizado previamente las operaciones particionales y la partición misma? La cuestión es controvertida en la doctrina y la jurisprudencia y frente a soluciones simples, positivas o negativas, amparadas bien en la posición diseñada por el Código civil para la adquisición de la propiedad por los legatarios o bien en la defensa prioritaria de los herederos forzosos, debería darse una respuesta más matizada y flexible en positivo siempre que se hubiesen realizado, formal o informalmente, las operaciones precisas para constatar que la distribución testamentaria del caudal relicto cumple con los límites establecidos por la ley.

ABSTRACT: *Are the testamentary executors enabled to deliver all or part of the legacies without a previous full distribution or partition of the estate, when the testator has granted them the faculty to deliver these legacies? This is a controversial question both in literature and case-law. Leaving aside simple answers, in the positive or in the negative, either grounded in the legal design of the acquisition of property by legatees, or in the overriding interest of the forced heirs, it is better to defend a more nuanced and flexible answer in the positive, when the testamentary executors have tackled the needed steps and calculations to check whether the distribution of the estate's assets respects the limits established by law.*

PALABRAS CLAVE: Legados, albacea, contador-partidor, heredero, testamentos, legítima

KEY WORDS: *Legacy, bequest, testamentary executor, probate, heir, wills, forced heirship.*

SUMARIO: 1. CARÁCTER CONTROVERTIDO DE LA SOLUCIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA. 2. MARCO LEGAL (MOMENTO DE ENTREGA DE LOS LEGADOS, FACULTADES DE LOS ALBACEAS/CONTADORES Y PRERROGATIVAS DE LOS HEREDEROS). 3. SOLUCIONES Y ARGUMENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES. 3.1. *En contra de la entrega de legados sin practicarse la previa partición.* 3.2. *A favor de la entrega de legados sin practicarse la previa partición.* 3.2.1. Dirección General de los Registros y el Notariado. 3.2.2. Tribunal Supremo y otros órganos jurisdiccionales. 3.2.3. Recapitulación de argumentos (legales, doctrinales y jurisprudenciales). 4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. CARÁCTER CONTROVERTIDO DE LA SOLUCIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

La posición del contador-partidor testamentario se ve con cierta frecuencia comprometida por los intereses contrapuestos de herederos, acreedores y legatarios de la herencia cuando estos últimos (especialmente cuando se trata de prelegatarios que reúnen también condición de herederos forzosos) reclaman la entrega de sus legados de cosa determinada al amparo de las prerrogativas que les concede el Código civil (arts. 882 y 885) como propietarios del bien desde la apertura de la sucesión. Frente a esa pretensión, el encargado de ejecutar la última voluntad del testador y

repartir el caudal relicto debe velar por la satisfacción prioritaria de las deudas contraídas por el testador y por el respeto a los derechos legitimarios. En esta tesitura, *¿podrá un albacea contador partidador hacer entrega total o parcial de los legados establecidos por el testador sin practicar previamente la partición que le compete?* Partamos, por centrar la cuestión, del supuesto común en que el oficio de albacea y el de contador-partidor se aúnan en la misma o mismas personas y que el testador incluso ha establecido expresamente en el instrumento sucesorio, como es cláusula frecuente, su facultad de distribuir los legados¹.

En supuestos de discrepancia entre los coherederos sobre la fijación de los haberes y deudas de la herencia, dilación en la aceptación hereditaria de todos o algunos de los llamados, controversia acerca de la validez de las disposiciones testamentarias o cualesquiera otros que tornen contenciosa la testamentaría y dilaten la pacífica ejecución del cargo por el contador-partidor, limitado en el tiempo, éste puede verse compelido por parte de los legatarios (prelegatarios o no) a entregar lo debido sin más demora con la posible oposición de alguno o algunos de los llamados o herederos a hacerlo hasta que se produzca la partición definitiva. Precisamente la cuestión a la que se enfrentan en este caso, esto es, si los contadores-partidores pueden entregar legados sin partir previamente tiene un carácter controvertido desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinal. Como ya formulara Luis PUIG FERRIOL hace varias décadas en la monografía de referencia sobre el albaceazgo, «caso de resistencia del albacea en hacer entrega de la cosa legada a su propietario, podría el legatario ejercitar la acción reivindicatoria, pero no está claro si esta acción podrá intentarse sólo después de que el albacea haya pagado las deudas hereditarias y los derechos de los legitimarios como parece entender la sentencia 10 enero 1934, o si por el contrario puede el legatario demandar la posesión del objeto legado aún antes de que el albacea haya liquidado la herencia, tesis ésta que antes había aceptado el Tribunal Supremo en sentencia 24 noviembre 1900»². A fecha de hoy puede afirmarse tras el repaso de los repertorios jurisprudenciales que no existe una jurisprudencia consolidada al respecto, sin que se hayan encontrado sentencias del Alto Tribunal que constituyan jurisprudencia en sentido estricto fijando criterio directo sobre la materia. En cambio, en la llamada «jurisprudencia menor» existen resoluciones discrepantes, hasta el punto de que algunas de las sentencias más recientes de las Audiencias abordan la cuestión dejando claro, como punto de partida, que «*hay dos posturas sobre la entrega de legados*» antes de la partición (SAP Almería 17 febrero 2015)³, que «no son por

¹ Se obvia, así, entrar en este momento en el problema de a quién compete la entrega de los legados cuando existen ambos cargos sucesorios radicados en personas distintas o en la cuestión de las facultades de los albaceas respecto a los legados (cfr. art. 902.2º CC) a falta de determinación expresa del testador, supuestos estos menos frecuentes que el planteado, a la luz de la praxis testamentaria.

² PUIG FERRIOL, Luis, *El albaceazgo*, Bosch, Barcelona, 1967, p. 171.

³ FD 2º: «*hay dos posturas sobre la entrega de legados*, una supeditada a la partición de la herencia previo avalúo para conocer la parte que le corresponde a los legatarios y otra, que atiende más al tenor literal del art. 882 del C. Civil, y que considera necesaria la entrega de los legados no sometidos a condición, sin más trámites y, además, como el legatario que no sea heredero no puede pedir la partición de la herencia lo procedente es esta postura.»

completo concordes los precedentes jurisprudenciales» (SAP Córdoba 4 marzo 2013)⁴, o que existen argumentos para ambas soluciones, decantándose por una de ellas (SJPI nº 8 A Coruña 18 mayo 2011)⁵. Las mismas discrepancias se detectan en la doctrina más autorizada, que se reflejará en su momento.

2. MARCO LEGAL (MOMENTO DE ENTREGA DE LOS LEGADOS, FACULTADES DE LOS ALBACEAS/CONTADORES Y PRERROGATIVAS DE LOS HEREDEROS)

A tenor del *art. 882 Cc.*, «Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte». Según este precepto, los legatarios de bienes de este tipo son propietarios de los mismos desde el momento de apertura de la sucesión. Se trata de una concreción para el subtipo de los legados con eficacia real o directa —que son sólo los que versan sobre cosas específicas cuyo dueño era el testador— de la regla general establecida en el *art. 881* para todo tipo de legados: adquisición del derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador. Sin embargo, el *art. 885 Cc* matiza cómo debe operar la transmisión de la posesión. Según el común entender de la doctrina⁶:

«Ahora bien, que el legatario devenga propietario *ipso iure* de la concreta cosa que pertenecía al testador desde el instante de su fallecimiento no significa que pueda tomar la *posesión* por sí mismo desde ese mismo momento. Como establece el *art. 885 Cc.*, «*el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darlo*». Esta regla prohibitiva no empece en absoluto a la previa adquisición de la propiedad, pues el *art. 609 Cc.* no exige modo en la adquisición por sucesión testada y el legado es título suficiente para adquirir la propiedad sin el requisito de la tradición. Por eso, coherentemente, el *art. 440* destaca que el heredero tiene la posesión civilísima («la posesión se entenderá transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante»). *La prohibición de ocupar la cosa el legatario por sí obedece fundamentalmente a una razón práctica* (LACRUZ⁷, a quien sigue la RDGN. 13 enero 2006): *los legados están subordinados al pago de las deudas y la satisfacción de las legítimas, por lo que la dispersión de los bienes*

⁴ FD 1º: «Cabe decir, para empezar, que *no son por completo concordes los precedentes jurisprudenciales* en los asuntos en los que se sometían a la consideración de los tribunales alegaciones».

⁵ FD 1º: «[...] un sector de la jurisprudencia sostiene que cuando existen herederos forzosos [...], la entrega o toma de posesión de los bienes legados en los casos contemplados en el *art. 885* del Código debe venir precedida de la liquidación y partición general de la herencia [...]. No obstante, debemos reconocer que existen voces con argumentos discrepantes, de los que participamos [...]».

⁶ Por todos, se transcribe el siguiente párrafo de CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Los legados», capítulo 7 en PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel (coord.), *Curso de Derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Colex, Madrid, 2013, p. 183 (énfasis en cursivas añadidos).

⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1971, I., p. 557. El fundamento ha sido mantenido con reiteración por la doctrina posterior, como refleja CARBALLO FIDALGO, Marta, *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 226-227, con cita de GARCÍA CANTERO, Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, GARCÍA RUBIO, ROCA SASTRE y otros.

perjudicaría la integridad de una masa que sirve de garantía a acreedores y legitimarios, de lo cual responden los herederos».

Repárese en la *importancia del fundamento por el cual los legatarios*, aun teniendo a su disposición acciones para reclamar la entrega de la posesión del bien legado del que, según el Código civil, son propietarios desde la muerte del causante, *no pueden tomar posesión por sí mismos*: la prioritaria defensa de los acreedores de la herencia, conforme al conocido aforismo «antes pagar que heredar» —que, por lo demás, sólo tiene plasmaciones parciales o indirectas en arts. como el 1025, 1026, 1082 u 887 Cc.— y de los legitimarios. Pero también debe tenerse presente para resolver la cuestión planteada que el art. 885 Cc. «*debe pedir la entrega o posesión al [...] albacea, cuando éste se halle autorizado para darlo*». *Ni ese precepto ni ninguno otro del Código civil fijan al albacea habilitado para entregar legados un momento temporal infranqueable para ello* dentro de la dinámica sucesoria, por más que la comprobación del respeto a los límites dispositivos del testador aconsejen demorarlo hasta que dichas comprobaciones (que no tienen por qué coincidir con una partición plena en sentido técnico) se hayan hecho⁸, de acuerdo con la justificación expuesta a la regla del art. 885.

Por lo tanto, si el testador encomendó expresamente a los albaceas la entrega de los legados *los legatarios deben pedir la posesión a éstos y no a los herederos*, pues el testador detrajo expresamente esa facultad de los ejecutores naturales que son los herederos testamentarios (cfr. art. 911 Cc.); *tampoco precisan los albaceas recabar el consentimiento de los herederos* (ni voluntarios ni forzosos) para proceder a la entrega de los legados. El art. 902.2º Cc. establece que «*no habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes: [...] Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero*». Dejando al margen el sentido de las últimas palabras, que unánimemente la doctrina interpreta como consentimiento de los herederos, lo cierto es que ese *nº 2 del art. 902 CC no es aplicable al caso planteado*, cuando el testador expresamente les confiere (en cláusula notarial extendida) «*las facultades legales y las necesarias para cumplir este testamento, incluida la entrega de legados*» sin añadir requisito alguno. En consecuencia, de acuerdo con la interpretación pacífica de ese artículo⁹, la encomienda expresa excluye la necesidad de consentimiento de los herederos, pues no cabe hacer

⁸ Sobre ello, *vid. infra*, 3.2.3.

⁹ Precepto que, por cierto, restringe las tradicionales facultades mayores de los albaceas en cuanto a entrega de legados que refieren las fuentes históricas también a falta de disposición expresa. El origen de esa «drástica reducción» (CARBALLO, *Las facultades...*, cit., p. 228, n. 426) de facultades legales por defecto se encuentra en el art. 729 del Proyecto de Código civil de 1851, de donde pasaría al vigente Cc.

una aplicación extensiva del art. 902.2º frente al claro tenor del art. 885 CC y a la autonomía del testador al respecto¹⁰.

Por último, desde el punto de vista de la *inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de entrega de los legados* por los albaceas o contadores partidores, el art. 81 del Reglamento Hipotecario merece transcripción:

«La inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de:

- a) Escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario siempre que no existan legitimarios y aquél se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada.
- b) *Escritura de partición de herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizada por el contador-partidor* en la que se asigne al legatario el inmueble o inmuebles legados.
- c) *Escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega* o, en su defecto, por el heredero o herederos.
- d) Solicitud del legatario cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador-partidor, ni se hubiere facultado al albacea para la entrega.

Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los que no sean de inmuebles determinados se inscribirán mediante escritura de liquidación y adjudicación otorgada por el contador-partidor o albacea facultado para la entrega o, en su defecto por todos los legatarios.»

De este precepto conviene destacar ahora dos aspectos: en primer lugar, su rango reglamentario y su carácter adjetivo (a efectos de inscripción registral), sin poder derivar de él consecuencias sustantivas que alteren las reglas sucesorias del Código civil. En segundo lugar, que *las letras b) y c) habilitan dos cauces alternativos para que el albacea proceda a la entrega de los legados* establecidos en el testamento: por un lado, la partición del contador partidor en la que se incluya la adjudicación de legados (letra b, que no es el cauce empleado en el caso que se somete a nuestra consideración); y por otro lado, letra c, «*escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega*», sin que el Reglamento Hipotecario exija ulteriores requisitos ni tiempos, como tampoco, según se ha constatado, lo hace el Código civil.

¹⁰ En este sentido, *vid.* CARBALLO FIDALGO, Marta «Comentarios al art. 902 Cc.», en CAÑIZARES, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, F. Javier, VALPUESTA, Rosario (dirs.), *Código civil comentado*, Civitas, Madrid, 2011, vol. II, p. 1180. También, alegando el art. 885 Cc, el art. 81 RH y la jurisprudencia del TS (recaída sólo en casos de ausencia de herederos forzosos, que la autora entiende aplicable a todo tipo de herederos), GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentarios a la RDGRN 20 de septiembre de 1988. Entrega de legados por el albacea contador-partidor», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 19, 1989, pp. 27-36, en especial, pp. 30-31.

3. SOLUCIONES Y ARGUMENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

3.1. En contra de la entrega de legados sin practicarse la previa partición

En consecuencia, si el marco legal no lo impone expresamente, ¿de dónde viene el extendido entendimiento de que el albacea contador-partidor no puede entregar los legados hasta que no formalice el conjunto de operaciones particionales y apruebe la partición misma? Sin duda, la respuesta se halla en el ya expuesto *fundamento* de la regla contenida en el art. 885 Cc: según los defensores de esta tesis, *sólo tras la partición se podrá conocer si existe suficiente caudal hereditario para el pago de acreedores y legitimarios, por lo que no cabría entrega total ni parcial de legados antes de ese momento*. Son numerosos los autores, antiguos y modernos, que defienden esta solución¹¹, aunque otros discrepan de la misma y avalan el legítimo proceder de los albaceas al entregar legados antes de practicar la partición¹². En la raíz de la formulación de aquel criterio cabe detectar una firme posición de la *Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN)* que arranca de una *Resolución de 7 abril 1906*¹³, que han seguido fundamentalmente las *RRDGRN 25 mayo 1971, 27 febrero 1982 y 20 septiembre 1988*¹⁴ y que guarda coherencia con otra usual posición de la DGRN —muy

¹¹ SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier., «Comentarios a los arts. 881 a 889 Cc.», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo I, p. 2159; Díez-PICAZO, Luis, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil. Derecho de familia y sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1997, IV, p. 425; VICENTE DOMINGO, Elena, «Comentarios al art. 885 Cc.», en CAÑIZARES/DE PABLO/ORDUÑA/VALPUESTA (dirs.), *Código civil comentado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2011, II, p. 1126. En general, numerosos autores tienen a reflejar y compartir sin ulteriores matices la doctrina general de la DGRN: SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, «Los legados. Parte segunda. Estudio de la adquisición e ineficacia de los legados», en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (dir.), GARRIDO MELERO, Martín (coord.), *Insituciones de Derecho Privado. V.1. Sucesiones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 576; ESPÍN ALBA, Isabel, «Legados», en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (Dir.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2011, tomo I, p. 1139; REQUEIXO SOUTO, Xaime Manuel, «Clases de legados», en GETE-ALONSO, *Tratado de Derecho de sucesiones*, cit., I, p. 1154 (con mención de Díez-PICAZO, *Sistema...*, p. 382 «que cita jurisprudencia dispar»), etc.

¹² REY PORTOLÉS, Juan Manuel, «Comentario a la resolución de la DGRN de 27 de febrero de 1982», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1983, pp. 983 y 985; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentarios al art. 885 Cc.», en *Id.*, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1981, tomo XII.1º, pp. 325 y 326, que patrocinan la entrega en cualquier momento. También, con algunos matices, MOREU BALLONGA, José Luis, *El legado genérico en el Código civil*, Madrid, 1991, p. 189; CARBALLO FIDALGO, *Las facultades del contador...*, cit., pp. 239-240; NÚÑEZ MUÑOZ, María del Carmen, «Pago de legados en la liquidación hereditaria: principales cuestiones prácticas en los supuestos de concurrencia entre herederos y legatarios», en LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir.), *El patrimonio sucesorio*, Dykinson, Madrid, 2014, tomo I, p. 395 (cfr. p. 400).

¹³ A tenor de esta RDGRN, «no está extendida con arreglo a las disposiciones legales la escritura de entrega de un legado, aun cuando haya sido hecho por el albacea o comisario nombrado por el testador, si a los efectos de saber si con dicho legado se perjudican las legítimas, no ha precedido la liquidación de la herencia, o en su defecto no han prestado su consentimiento todos los herederos que tengan capacidad para ello».

¹⁴ Para una crítica muy razonada y convincente en contra de los criterios que propone esta última resolución, *vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentarios a la RDGRN 20 de septiembre de 1988...», *ibidem*.

criticada por la doctrina¹⁵— en punto a la exigencia de la constancia del consentimiento de los legitimarios antes de poder inscribirse en el Registro la partición. El mencionado criterio de la DGRN ha calado en buena parte de la doctrina y la jurisprudencia menor por lo que de razonable tiene para la mayoría de la sucesiones a la luz de la prioritaria defensa que tienen acreedores y legitimarios ante las liberalidades del testador; aunque, como después se verá, merece matices y excepciones cuando en una concreta sucesión sea evidente que la entrega de legados no vulnera a esos interesados especialmente protegidos en la sucesión (*infra*). El extendido discurso, derivado del criterio fijado por la DGRN, puede sintetizarse así¹⁶:

«Forma y tiempo de exigir la posesión. El favorecido con el legado habrá de solicitar la entrega a todos los herederos gravados (STS. 8 mayo 1989); un solo heredero no puede hacer entrega del legado sin constarle la renuncia de los demás cuando estén todos gravados con él (vid. RDGRN. 25 septiembre 1987 y STS. 21 abril 2003). Ahora bien, el legatario no puede exigir la entrega de la cosa o la prestación durante la realización del inventario en el curso de una aceptación hereditaria beneficiaria (art. 1025). Más aún, en todo caso, cuando existan herederos forzosos siempre debe practicarse con carácter previo la liquidación y partición de la herencia, para verificar si han quedado satisfechos los derechos prioritarios de acreedores y legitimarios.

Como justifican las RRDGRN 27 febrero 1982 y 20 septiembre 1988: «porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos, a no ser que los expresados herederos concurren también a la entrega o manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad, pues al constituir una garantía y un derecho a favor de los mismos, claro es que pueden renunciar a él». Además se rechaza la inscripción de la escritura de entrega de legados cuando algún legitimario que debió concurrir a la partición no intervino (RRDGRN. 25 febrero 2008 y 6 marzo 2012), lo mismo que cuando se entrega un prelegado a un heredero forzoso sin practicar la partición para determinar el haber hereditario que corresponde a los demás legitimarios (RDGRN. 9 marzo 2009). En definitiva y con carácter general, como afirma la RDGRN. 30 septiembre 2010, no existe obligación de entrega del legado (de cantidad, en el caso) antes de la partición, por lo que es

¹⁵ Por todos, la crítica en detalle, LORA-TAMAYO, Isidoro, «La partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia existiendo legitimarios. Comentarios a la reciente doctrina de la DGRN», *El Notario del siglo XXI*, nº 62, julio/agosto 2015, pp. 150-160; en contra, defiende el parecer de la DGRN, GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Intervención de los legitimarios en la partición en el Derecho civil común», en PÉREZ-BUSTAMANTE DE MONASTERIO, Juan Antonio (Dir.), *Estudios de Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Dykinson, Madrid, 2013, tomo I, pp. 682-683. La inquebrantable doctrina de la DGRN acerca de la necesidad de intervención de los legitimarios en la partición cuenta, no obstante, con una clara excepción por parte de la DGRN: cuando la partición se efectúe por contador-partidor designado por el testador o por contador-partidor dativo no será precisa la participación de los legitimarios (RDGRN 25 febrero 2008, 13 junio 2013 y 3 marzo 2015). Conviene destacar ahora, en todo caso, que son cuestiones y momentos temporales diferenciados el eventual consentimiento de los legitimarios a la entrega preparticional de legados y su consentimiento a la partición misma.

¹⁶ CÁMARA LAPUENTE, «Los legados», cit., p. 184; se mantienen las cursivas del original y se añaden algunos resaltados más también en cursiva.

perfectamente lícita la anterior adjudicación parcial de herencia hecha por unos herederos puros y simples.

Realizada la liquidación y partición, ante la negativa a entregarle la cosa legada, el legatario podrá ejercer contra el gravado o gravados la acción personal ex testamento o, en caso de legados con eficacia real, la acción reivindicatoria. Mientras tanto, sin la posesión tampoco podrá inscribir su derecho real sobre inmuebles del causante, pero como medida cautelar podrá solicitar anotación preventiva conforme al art. 42.7º Lh.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 ya explicaba que «el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio. Este supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es, por lo menos, que tenga derecho el dueño [el legatario] a impedir que la cosa se enajene a un tercero que por tener inscrito su derecho y ser el adquirente de buena fe pueda después defenderse con éxito de la reivindicación».

La reclamación de la entrega de la posesión del bien, de acuerdo con el art. 885 también podrá pedirse «*al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla*». Según la STS. 8 mayo 1989, en tal caso ha de pedirse al albacea y, expirado el plazo establecido para ejercer su cargo, a los herederos.»

Si esa es la *posición probablemente mayoritaria de la doctrina científica, la doctrina registral y, acaso, la jurisprudencia menor, no puede afirmarse que haya sido refrendada por el Tribunal Supremo.* En casos en que no existían legitimarios, según el Alto Tribunal no es indispensable la previa liquidación de la herencia para proceder al pago de legados por los albaceas (SSTS 24 noviembre 1900 y 7 noviembre 1901) y ni siquiera es necesario, según la STS 11 diciembre 1913 el inventario del contador-partidor¹⁷; la misma doctrina se ha mantenido existiendo legitimarios al menos en una sentencia, la STS 8 mayo 1989 (vid. *infra* estas sentencias en el apartado siguiente).

Pero ciñéndonos ahora a reflejar los avales de la tesis contraria a la posibilidad de entregar los legados por los albaceas antes de la partición, habiendo reflejado ya las posiciones doctrinales y de la DGRN, cumple repasar las sentencias de las Audiencias Provinciales que sí se han ocupado directamente de la cuestión y la han resuelto en este sentido.

Entre las pioneras y más citadas con posterioridad cabe destacar la *SAP Ourense 12 diciembre 2003* y la *SAP Murcia (sec. 4ª) 31 enero 2005*. Según la primera, tras afirmar que los bienes legados no forman parte del caudal hereditario (lo cual puede calificarse

¹⁷ Todas estas sentencias (STS 24 noviembre 1900, *Jurisprudencia Civil [JC]*, tomo 90, nº 148, p. 716; STS 7 noviembre 1901, *JC*, tomo 92, nº 137, pp. 178-590; STS 11 diciembre 1913, *JC*, tomo 128, p. 938) referidas, compartiendo este criterio del TS, por GONZÁLEZ PACANOWSKA («Comentarios...», cit., p. 31), quien, en 1989 afirma: «Este panorama cambia para la doctrina mantenida por la DGRN cuando hay herederos forzosos (para el TS no lo sabemos, al no haberse encontrado ninguna sentencia que se ocupe expresamente del caso)». Como se colaciona en el texto de esta página, esa sentencia recayó con posterioridad, el 8 de mayo de 1989, la única hallada sobre la materia y, si se quiere, con cierto carácter *obiter dicta*.

como un error de concepto) ni de la partición, en caso de existir legitimarios, los legados están subordinados al pago de deudas y legítimas y lo expresa en estos términos¹⁸:

«el derecho conferido por el artículo 882 'está subordinado a la liquidación de la masa hereditaria' (Sentencia de 24 de mayo de 1930), pues su vigencia depende de 'que quepa en la parte de bienes de que el testador puede disponer libremente' (sentencias de 6 de noviembre de 1934 y 25 de mayo de 1971)».

Según la *SAP Murcia (sec. 4ª) 31 enero 2005*¹⁹, en aplicación del art. 885 Cc. y confirmando el criterio del juzgado de instancia:

«no es posible la entrega de la finca legada sin que preceda la liquidación y la partición de la herencia, con expresión de las operaciones particionales de las que resulte el haber y lote de bienes correspondientes a los herederos forzosos, porque solamente de ese modo puede saberse si los legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos.»

La *SAP Cantabria (sec. 4ª) 4 junio 2008*²⁰ merece cita por contener un buen resumen de los argumentos que avalan esta tesis (el fundamento del art. 885, la referencia al art. 1025 Cc., la posición de la DGRN), que se repetirá en las posteriores y por incluir referencia a otras sentencias que la comparten. En el caso, se trataba de una heredera forzosa que solicitaba su legado y el otro heredero se negó a practicar las operaciones

¹⁸ SAP Ourense 12 diciembre 2003 [AC 2003/1736], en transcripción literal de lo pertinente del Fundamento de Derecho [FD] 1º: «para añadir la de 8 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3673) que no hay que incluir los bienes legados en la partición, y la de 25 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4378) precisa que el legado de cosa específica no forma parte del caudal hereditario sobre el que han de versar las operaciones particionales. Pero la situación cambia cuando en la herencia concurren, junto con el legatario o legatarios, herederos forzosos o legitimarios, con independencia de que ellos mismos tengan, también, esta misma consideración, porque en este caso el legado mismo está subordinado, o puede estarlo, al pago de las deudas y abono de las legítimas, y la dispersión de los bienes, si se permitiese sin más la entrega de las cosas específicas y determinadas legadas, perjudicaría la integridad de la masa hereditaria que, como ocurría en vida del causante, supone especial garantía, conforme a lo previsto en el artículo 1911 del Código Civil, de los acreedores, y más concretamente de los legitimarios, y por esta razón la Dirección General de los Registros y del Notariado sostiene, de forma prácticamente constante, que debe preceder a la entrega del legado, de cualquier clase que sea, la liquidación y partición de herencia, pues ésta es la única forma de saber si se encuentran dentro de la cuota de la que puede disponer el testador por no perjudicar la legítima de los herederos forzosos (Resoluciones de 7 de abril de 1906, 19 de mayo de 1947, 12 de junio de 1974, 27 de febrero de 1982 SIC y 26 de septiembre de 2002 [RJ 2002, 8485]), aunque la salvaguarda de los derechos de los acreedores y legitimarios no suponga la protección de un interés propio y específico de los herederos en general, razón por la cual el derecho conferido por el artículo 882 «está subordinado a la liquidación de la masa hereditaria» (Sentencia de 24 de mayo de 1930), pues su vigencia depende de «que quepa en la parte de bienes de que el testador puede disponer libremente» (sentencias de 6 de noviembre de 1934 y 25 de mayo de 1971).

¹⁹ JUR 2005/62778.

²⁰ AC 2008/1768.

particionales y se opuso incluso a la división judicial que la legitimaria y prelegataria finalmente solicitó:

«[FD 2º]: «*La petición de entrega del legado exige que se hay formado inventario y haya transcurrido el tiempo para deliberar, pues mientras no se liquide la herencia y se sepa si hay bienes suficientes para aplicar al pago de los legados y su aceptación por el heredero, no se puede asegurar que no sea necesaria la reducción o hasta la insuficiencia de los mismos, de ahí que el art. 1025 del Código Civil disponga que «durante la formación de inventario y término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados».* Así se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias de 11 enero 1950, 24 enero 1963 y recientemente las Audiencias Provinciales como son: sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 27 febrero de 2007, Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 noviembre de 2007, Audiencia Provincial de Zaragoza de 5 abril de 2006 y Audiencia Provincial de Granada de 27 diciembre de 2000, entre otras muchas. La resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 20 noviembre de 1998 (RJ 1998, 9446) [sic] [...]»²¹.»

[FD 3º] «En el supuesto de autos, aunque los legatarios a su vez son los herederos forzosos de los causantes, *lo cierto es que no se ha hecho la formación de inventario, ni se conoce cuál es el haber hereditario, ni existen operaciones particionales. Dichas operaciones son necesarias e imprescindibles para conocer si los legados perjudican o no la legítima de alguno de los herederos forzosos y si es necesaria su reducción.* [...] La oposición de una de las herederas forzosas a la partición voluntaria no impide a cualquier heredero instar la partición judicial y así debió actuar el actor antes de instar la entrega de legados.»

Por su parte, la *SAP Madrid (sec. 9ª) 26 septiembre 2011*²², reproduce y amplía algo esa argumentación y será una de las sentencias más citadas con posterioridad. En ella se revocaba la SJPI que sí accedía a la pretensión de la legataria de entregar el legado antes de partir –lo que vuelve a refrendar el carácter extremadamente controvertido de la cuestión– y concluye que la entrega de prelegado de cosa específica al heredero forzoso requiere inventario, liquidación y adjudicación de la herencia en su totalidad, con determinación del haber hereditario de los demás legitimarios. En lo sustancial, lo hace en los siguientes términos, tras recordar que el titular del legado no puede apoderarse de la cosa legada por sí mismo:

[FD 2º]: «sino que es titular de un derecho subordinado a la liquidación de la masa hereditaria [...]. *La petición de entrega del legado exige que se haya formado inventario y haya transcurrido el tiempo para deliberar [...]*», y cita al efecto diversas SSAPs y RRDGRN²³.

²¹ Se trata de una cita errada que se produce también en varias sentencias posteriores. Esa RDGRN no contiene ese inciso ni versa sobre ello (sino sobre otra cuestión relativa a legados); la referencia exacta es, en realidad, la antes transcrita RDGRN de 20 de septiembre de 1988.

²² JUR 2011/388107.

²³ En concreto: «Así se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias de 11 enero 1950 , 24 enero 1963 y constantemente las Audiencias Provinciales como en las sentencias de la Audiencia Provincial de

[FD 3º]: «No consta que se haya hecho la formación de inventario, ni se conoce cuál es el haber hereditario, ni existen operaciones particionales [...] y dichas operaciones son necesarias e imprescindibles para conocer si los legados perjudican o no la legítima de alguno de los herederos forzosos y si es necesaria su reducción [...] por lo que la protección de las legítimas determina, en defecto de consentimiento de los restantes interesados, la necesidad de su previa fijación en las operaciones de liquidación y partición del caudal hereditario, para que pueda ser entregado el legado litigioso, y es por esto que la pretensión de entrega del legado no puede ser estimada en tanto no se salve la necesaria partición».

La SAP Córdoba (sec. 1ª) 4 marzo 2013²⁴ es relevante pues aplica la doctrina de las sentencias anteriores a un supuesto en que no existían legitimarios y la argumentación se aplica exclusivamente en defensa de los potenciales acreedores de la testadora. La sentencia comienza haciéndose eco de las discrepancias judiciales, cita y reproduce alguna sentencia que argumenta, igual que la de instancia que acabará revocando, la licitud de entregar legados antes de partir y concluye que «no obstante, estimamos otra interpretación distinta y más ajustada al caso que nos ocupa»²⁵. En sustancia, la argumentación para negar la entrega de legados es que es preciso antes evaluar la herencia y realizar las operaciones particionales, para saber si bienes suficientes para liquidar deudas y se apoya en que así lo sostiene la DGRN y algunas sentencias como la SAP Ourense de 12 diciembre de 2003:

[FD 1º]: «Aunque es cierto que el hecho de que el legatario de cosa específica y determinada adquiera su propiedad desde la muerte del testador implica que tales bienes no entran a formar parte del caudal hereditario sobre el que ha de versar la partición, ello no la excluye de la necesidad de comprobar previamente el avalúo de la herencia, por cuanto, con independencia de la defensa de la intangibilidad de la legítima, es preciso comprobar si las deudas de la herencia pueden afectar, entre otras partidas, a la entrega de los legados. [...] Por ello, con independencia de que tenga que excluirse del inventario el bien inmueble legado como cosa específica, puesto que no concurre con legítima alguna, lo que no se puede es, antes de la entrega del legado en sí mismo considerado, ya se trate de éste o del más genérico del usufructo de la totalidad de los bienes de la herencia, dejar de efectuar el inventario y avalúo, contemplando las deudas que pudieran existir, a fin de que se pueda saber si cabe hacer entrega de lo legado, previa satisfacción a los acreedores que pudieran existir, lo que no será posible sin las operaciones dirigidas a su determinación.»

Barcelona de 4 de junio de 2008, Oviedo de 14 de abril de 2008 y 29 de abril de 2002, Santander de 4 de julio de 2008, Palma de Mallorca de 27 febrero de 2007, Pontevedra de 7 Noviembre de 2007, Zaragoza de 5 abril de 2006, La Coruña de 31 de enero de 2005, 22 de abril de 2004 y 28 de octubre de 1997, Palencia de 6 de mayo de 2002, Granada de 27 diciembre de 2000 y Santa Cruz de 30 de octubre de 1997, entre otras muchas. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25a) en su sentencia de 14 de octubre de 2009»; así como, cita, las RRDGRN 20 noviembre 1998 (que cita la R. 27.2.1982) y 13 enero 2006.

²⁴ JUR 2013/250652.

²⁵ Caso, por cierto, en el que la testadora había legado a una amiga un apartamento y el usufructo del resto de la herencia, a la par que había instituido a tres de sus hermanos, herederos, que no se opusieron a la entrega del legado y solicitaban el acceso al apartamento en que ya vivía la legataria para inventariar y tasar el inmueble.

La *SAP Madrid (sec. 25ª) de 4 de abril de 2014*²⁶, sigue y reproduce parte de las sentencias examinadas y agrega una nueva manera de formular el criterio (más que aportar nuevas argumentaciones), que será seguida, por ejemplo, por la *SAP Almería de 17 de febrero de 2015*, en punto a los *límites sucesorios (legítimas, deudas y orden de preferencia de legados) que relativizan la afirmación legal de que el legatario adquiere automáticamente la propiedad de la cosa desde la apertura de la sucesión*. Y lo formula así:

[FD 9º]: *«A pesar de la literalidad del artículo 882 del CC, el carácter real del legado de cosa concreta, reminiscencia del régimen histórico de la llamada «donatio mortis causa», aparece hoy muy debilitada en sus efectos reales más drásticos a partir de otras reglas legales que cuestionan la pretendida adquisición automática de la propiedad o al menos la condicionan o atenúan. Así, el legatario que no pueda ocupar la cosa alegada y necesite pedir la entrega de la posesión al heredero o albacea, a pesar de pertenecerle el bien, tiene la propiedad el mismo pero carece de la posesión de aquél. Igualmente la pretendida eficacia real aparece condicionada por la eventual reducción o incluso ineficacia del legado por no alcanzar los restantes bienes de la herencia para pagar a los acreedores, dada la inequívoca supeditación de los legados a la liquidación de la herencia, que determinará si quedan bienes suficientes para aplicar a su pago (art. 1207 CC). Otra limitación deriva de la reducción del legado por inoficioso cuando su atribución ponga en peligro la legítima, lo que condiciona la adquisición de la propiedad del legado a que el mismo quepa en la parte de bienes de que el testador pudo disponer libremente (art. 817 CC). Igualmente, la propia prelación en el pago de los legados (art. 887 CC) puede conllevar la posibilidad de que el legado de cosa cierta y propia del testador no llegue a entregarse al debe aplicarse la cosa al pago de un legado remuneratorio preferente. En definitiva es evidente que la pretendida adquisición automática de la propiedad del legado en virtud de lo dispuesto en art. 882 del CC, aparece muy debilitada por las reglas sobre el pago de las deudas hereditarias, el respeto a las legítimas y la orden de preferencia entre los propios legados. Primero es preciso sanear la herencia, y habilitar un fondo de dinero, para permitir al albacea, contador-partidor, que pueda acceder a realizar las operaciones particionales, a veces más costosas que la propia herencia. La distinción histórica entre legados de eficacia real y de eficacia personal, ha dejado de tener sentido a partir de la preferente afección del caudal al pago de deudas y cargas, por lo que cada legatario no adquiere en ningún caso la propiedad «en bruto» de la cosa legada en el momento de la apertura de la herencia, sino que previamente debe liquidarse ésta, descontando los gastos y gravámenes, obteniéndose el valor neto del patrimonio hereditario, de modo que después de la partición, se adquiere su parte por cada heredero y/o legatario mediante la entrega del valor neto resultante».*

Y concluye en el FD 10º, respecto a la reducción parcial de legado por inoficioso:

«es claro que debe confirmarse la sentencia de la primera instancia pues el bien litigioso respecto del que se ataca el acto de administración realizado, está incluido en

²⁶ AC 2014/688.

la comunidad hereditaria al menos hasta que se realice el inventario, liquidación, avalúo y adjudicación de los bienes que conforma la herencia y se despejen las incógnitas que permitan al legatario demandar la entrega de su legado».

Finalmente, la *SAP Almería (sec. 1ª) 17 febrero 2015*²⁷ reconoce la existencia de dos posiciones jurisprudenciales sobre esta cuestión y se decanta por la línea hasta ahora examinada²⁸, en un supuesto de hecho con matices algo diferenciales respecto a los anteriores²⁹; la sentencia concluye:

[FD 3º]: *«es necesario, antes de la entrega de los legados, que se hagan las operaciones de avalúo y partición de los bienes para poder saber que parte del legado se está imputando a los distintos tercios de la herencia, sobre todo en que medida afecta a las legítimas, y ello aparte de las posibles deudas que pudiesen existir sobre la herencia»*³⁰.

3.2. A favor de la entrega de legados sin practicarse la previa partición

3.2.1. Dirección General de los Registros y el Notariado

Dado que, como se ha examinado, el argumento central para negar la entrega anticipada de legados sin practicar la partición es el fundamento o justificación de lo establecido en el art. 885 (el legatario debe pedir la posesión al albacea y no tomarla por sí para mantener la unidad de la herencia hasta comprobar si con la entrega no se vulneran legítimas y derechos de acreedores) y dado que este argumento cuenta con

²⁷ AC 2015/914.

²⁸ Asumiendo, fundamentalmente, las argumentaciones de las SSAP Madrid 26 septiembre 2011 y 4 abril 2014 y SAP Córdoba 4 marzo 2013. El reconocimiento de que «hay dos posturas sobre la entrega de legados [...]» se ha transcrito *supra* en las notas iniciales.

²⁹ La discusión versaba sobre si el establecido era un legado de parte alícuota (que requeriría avalúo, imputación en los tercios, etc.) o si era legado de cosa cierta (una parte de una finca, que podría apelar a la aplicación simple de los arts. 882 y 885); en testamento sí se decía que el legado era con cargo a la mejora y a la parte de libre disposición.

³⁰ El contexto literal de la afirmación es el siguiente: FD 3º: *«la testadora estableció en su testamento el legado en favor de dos de sus hijas, a la vez que nombraba herederos a los cinco restante hijos, más éstas dos, es decir a sus siete hijos. Además precisa que el legado se hace con cargo al tercio de libre disposición y al de mejora, en lo que exceda, y por último al de legítima, lo que evidencia que es necesario, antes de la entrega de los legados, que se hagan las operaciones de avalúo y partición de los bienes para poder saber que parte del legado se está imputando a los distintos tercios de la herencia, sobre todo en que medida afecta a las legítimas, y ello aparte de las posibles deudas que pudiesen existir sobre la herencia, lo que lleva a firmar en la sentencia última citada de 26 de septiembre de 2.011 que «...Por ello, con independencia de que tenga que excluirse del inventario el bien inmueble legado como cosa específica, puesto que no concurre con legítima alguna, lo que no se puede es, antes de la entrega del legado en sí mismo considerado, ya se trate de éste o del más genérico del usufructo de la totalidad de los bienes de la herencia, dejar de efectuar el inventario y avalúo, contemplando las deudas que pudieran existir, a fin de que se pueda saber si cabe hacer entrega de lo legado, previa satisfacción a los acreedores que pudieran existir, lo que no será posible sin las operaciones dirigidas a su determinación...» algo aplicable también al resto de los herederos en relación con sus derechos hereditarios y la entrega de los legados, por lo que no puede estimarse la pretensión de la parte actora y apelante, que además, como señala la resolución recurrida carecía de poder expreso o tácito para aceptar la entrega del legado en la escritura de entrega delegado, cuya ratificación se pretende.»*

un arraigo de décadas en la doctrina de la DGRN –que tanto ha influido en la doctrina científica posterior–, consolidada en la RDGRN de 20 de septiembre de 1988, será oportuno *comenzar con el trascendental matiz o excepción que la propia DGRN introduce a ese criterio* en un caso cuyos hechos encajan justamente con la cuestión planteada en este trabajo³¹. Se trata de la *RDGRN 29 marzo 2004*³², a cuyo tenor:

[FD 2º]: «el Registrador de la Propiedad suspende la inscripción por el defecto que califica de subsanable de falta de consentimiento de los demás legitimarios en base a la doctrina, a su juicio, emanada de las Resoluciones de este Centro Directivo de fechas, 27 de febrero de 1982 (RJ 1982, 838) y 20 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7159). *Si bien es cierto en tesis general o de principio que el contador partidor puede efectuar la entrega de legados bien con el consentimiento de los legitimarios o bien en el marco de la partición; también, lo es que con esta doctrina se pretende asegurar la indemnidad de los derechos legitimarios evitando que se efectúen entregas de legados por el comisario que perjudiquen los derechos legitimarios, de donde se deduce que siempre que resulte la inexistencia de este perjuicio no existe obstáculo legal alguno para la reiterada entrega de los legados ordenados por el testador.* En este sentido la *Resolución de este Centro Directivo de 20 de octubre 2001* (RJ 2001, 4134), precisa que agotada la herencia en legados se hace preciso el consentimiento de los legitimados porque en aquel caso resultaba evidente la infracción de la legítima, en cuanto que sólo había un bien hereditario que resultaba legado, pero *deja traslucir el criterio de que no habiendo infracción de la legítima no sería preciso el consentimiento de los legitimarios.*»

FD 4º: «analizadas las declaraciones del albacea-contador partidor en la escritura en cuestión, así como de las cláusulas de los testamentos de los cónyuges fallecidos, resulta *evidente que los legitimados* (salvo la legataria que recibe los bienes de manos del contador partidor) *habían percibido en vida las fincas prelegadas por lo que, no habiendo deudas, no es precisa la realización de partición alguna, bastando la doble manifestación del contador partidor de que no hay más bienes en la herencia y de que con los prelegados recibidos y las donaciones realizadas a favor de los otros legitimarios que se mencionan en el testamento quedan cubiertas sus legítimas.* No se olvide que a tenor del testamento, los testadores distribuyeron todo su caudal e hicieron la adjudicación de la legítima a la legataria que ahora recibe los bienes del contador partidor, mediante dos legados concretos, por lo que no quedaba a éste otra opción que entregar dichas mandas. Es decir, *estamos en presencia de unos legados por legítima, que para algún prestigioso sector doctrinal facultaría al propio legatario para*

³¹ Los hechos fueron los siguientes: dos cónyuges otorgaron sendos testamentos idénticos, en los que figuraba una serie de prelegados a favor de los herederos; a favor de un legitimario se establecía un legado de finca que se manifestaba expresamente que era en pago de su legítima y se expresaba su voluntad de que no adquiriera ningún otro bien. Además se instituía herederos a todos los legitimarios menos a la legataria *pro legítima*. Adicionalmente, se indicaba que los bienes donados a ciertos legitimarios les sean imputados a la mejora y al tercio de libre disposición y nombraban albacea contador-partidor. Éste entregó a la legataria los únicos bienes existentes en la herencia (dos fincas) y manifestó que no quedaban otros bienes, «*no inventariándose deuda alguna*» y aclaró que todos los prelegatarios recibieron ya en vida las fincas.

³² RJ 2004/2397.

tomar posesión de la cosa legada («ex» artículo 806 del Código Civil), los testadores insisten en que la legataria no reciba ningún otro bien de la herencia, con lo que la entrega efectuada por el contador partidor es obligada si, como queda acreditado en este caso, al fallecer los testadores la composición del caudal hereditario y su valoración no ha variado respecto al tenido en cuenta en el momento de otorgar testamento y prever la distribución entre todos sus legitimarios.»

De la argumentación transcrita debe resaltarse, *aplicado a la cuestión aquí planteada*, lo siguiente:

- 1) *Si no existe perjuicio a los legitimarios o acreedores es perfectamente lícita la entrega de legados por el albacea contador-partidor sin realizar la partición.*
- 2) *Si el testador realiza una distribución cuasi-particional en su testamento teniendo presentes bienes y deudas poco antes de producirse el deceso y el caudal, su valoración y las deudas no han variado sustancialmente al abrirse la sucesión, en principio el contador-partidor está obligado a cumplir la voluntad del testador.*
- 3) *La manifestación del testador, refrendada por el albacea contador-partidor, de que con los legados dispuestos en el testamento y las donaciones hechas en vida a alguno de sus legitimarios queda cubierta su legítima estricta, puede ser suficiente para habilitar al albacea contador-partidor para entregar los legados. En caso de entender algún legitimario vulnerada su legítima, tiene a su disposición las acciones judiciales correspondientes (complemento, suplemento, declaración de inoficiosidad, etc.) para demostrar la infracción de sus derechos legales por el testador; el contador-partidor se limita a cumplir esta voluntad, a la que se debe mientras no se le demuestre fehacientemente dicha vulneración³³; a falta de impugnación judicial de las disposiciones testamentarias la obligación del albacea contador-partidor es cumplir éste.*
- 4) *El otro límite al reparto de legados antes de liquidar y partir la herencia es la previa satisfacción de las deudas de ésta. Si de facto esta liquidación se ha producido aunque no haya quedado reflejada, si no quedaron deudas y el contador-partidor así lo manifiesta —a lo que cabría añadir, al margen de lo fijado en la Resolución pero acaso aplicable por hipótesis a nuestra cuestión, si las deudas eran de cuantía ínfima en comparación con el haber hereditario que restaba por repartir a los herederos, de modo que los acreedores no sufrían riesgo alguno con la entrega preparticional— en esos casos el fundamento que impide tal entrega de legados decae. Cuestión distinta es que la fórmula técnicamente más abonada sea la realización de un inventario de haberes y*

³³ Como bien señala el FD 3º de la RDGRN de 29 de marzo de 2014 al repasar su propia doctrina sobre las facultades del contador-partidor, entre éstas se incluye valorar donaciones, analizar la inoficiosidad y la colación, y recuerda la R 9 marzo 1927, «añadiendo que incluso puede fijar la legítima que corresponde a los herederos forzosos y en igual sentido las» RR 22 enero 1898 y 16 noviembre 1922.

deudas previa a la entrega de legados, sin necesidad de practicar formalmente todas las operaciones particionales (sobre ello *infra*) o, cuando menos, un cálculo o comprobación previo a la entrega (si las cuentas son evidentes a la luz de la composición del caudal hereditario) que despeje la inseguridad para las pretensiones de los acreedores (cfr. art. 1082 Cc.).

3.2.2. Tribunal Supremo y otros órganos jurisdiccionales

Vista la nutrida cita de sentencias de Audiencias Provinciales inspiradas en la doctrina de la DGRN (y citándola expresamente como argumento de autoridad, pero obviando en todo momento la ahora transcrita RDGRN de 29 de marzo de 2004), procede recordar que *no es tal el parecer del Tribunal Supremo, sino todo lo contrario*. Como ya se señaló, las *SSTS 24 noviembre 1900 y 7 diciembre 1901* reconocen la facultad de pagar los legados por el albacea sin liquidar la herencia e incluso la *STS 11 diciembre 1913*, en un caso, como el de las dos anteriores, de herencia sin legitimarios, afirma que ni siquiera es necesario el inventario del contador partidador *«por no existir precepto que atribuya facultad a los contadores para que demore (la entrega) hasta ultimar la partición»* y que con la entrega realizada por los albaceas *«se cumple la voluntad expresa del testador, sin obstáculo legal alguno y surtiendo su efecto en el Registro de la Propiedad»*. Pero es más, *en caso de concurrir legitimarios*, como era el supuesto de la *STS 8 mayo 1989*³⁴, el albacea contador-partidor facultado para entregar legados *«por tratarse de legado de cosa específica podía entregarlo sin necesidad de esperar a practicar la partición en la cual no era necesario incluir los bienes legados»*³⁵. Presumiblemente subyaciese en la terminante afirmación el hecho de que el legado no vulnerase, con la mayor probabilidad, la legítima ni los derechos de los acreedores, aunque el Alto Tribunal no introduce mayores matices. Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que complementará el ordenamiento (art. 1.6 Cc., función que en modo alguno compete a la DGRN, obvia decir), se muestra antes bien contraria a restringir la facultad del albacea respecto a la entrega de legados derivada del art. 885 Cc, —al menos cuando no exista con ello vulneración de las legítimas ni de los derechos de los acreedores, cabría añadir—.

³⁴ RJ 1989/3673. En el supuesto de hecho de esta sentencia la testadora instituyó heredero universal a su esposo y respetó la legítima de su madre (que sobrevivió a la testadora dos años más), además de ordenar un legado de alhajas y ropas a una sobrina y nombrar un albacea contador partidador.

³⁵ FD 7º de la STS 8.5.1989: «La cláusula sexta del testamento otorgado por doña Valeriana O. D. contiene el nombramiento de don Ángel O. G. como albacea contador-partidor, con prórroga de tres años más sobre el legal y con facultad de entrega de legados, por lo que, a tenor del artículo 885 del Código Civil, la entrega del legado instituido a favor de la recurrente debió de pedirse al designado albacea con facultad para darla, quien, por tratarse de legado de cosa específica podía entregarlo sin necesidad de esperar a practicar la partición en la cual no era necesario incluir los bienes legados; en el caso presente, no cumplido por el albacea contador-partidor el encargo recibido dentro del plazo concedido por la testadora, corresponde a los herederos la ejecución de la voluntad de aquélla, a tenor de los artículos 910 y 911 del Código Civil [...]».

En cuanto al resto de instancias judiciales, una de las sentencias pioneras en este planteamiento fue la *SAP Asturias 29 diciembre 1993*³⁶, que se manifestó crítica con el criterio sostenido por la DGRN sobre la obligación de practicar las operaciones particionales si hay legitimarios antes de entregar los legados, en estos términos:

[FD 4º]: «*este parecer, no obstante, parece excesivamente riguroso, pues podría dar lugar a que el heredero que estuviese en posesión de los bienes dilatara su entrega durante largo tiempo [...]. Además si existe albacea puede entregar la cosa al legatario sin esperar a que se ultime la partición*» (ex art. 885 CC. y SSTs 8 mayo 1989 y 30 noviembre 1990)³⁷.

Al margen de alguna otra sentencia que no ve obstáculo en dejar al margen de la partición los legados ya entregados³⁸, es muy elocuente por ejemplificar un supuesto en que, demostrándose numéricamente que la entrega de legados no perjudicaba la legítima y, por ende, ese acto previo a la partición resulta inatacable, la *SAP Cantabria (sec. 4ª) 24 febrero 2009*³⁹, cuyos razonamientos se transcriben:

[FD 1º]: «*El recurrente entiende que la partición hereditaria realizada por el albacea nombrado por la causante es nula al haberse entregado los legados antes de efectuarse la partición.*»

La causante deja dos legados de cosa específica, uno a su nieta Dª Encarna y otro a su hijo D. Ángel Daniel. El valor total de la herencia, según escritura de partición es de 5.366.430 pts; el valor de cada uno de los tercios en que se distribuye toda herencia es de 1.788.810 Euros; el valor del legado dejado a su nieta es de 225.000 pts, y el valor del legado de su hijo es de 1.735.430 pts. *Queda acreditado que los legados ordenados*

³⁶ AC 1993/2418.

³⁷ FD 4º de la *SAP Asturias 29 diciembre 1993*: «en todo caso y en cuanto a la adquisición del derecho de propiedad sobre los bienes legados habrá de estarse a que los mismos no resulten inoficiosos. Debe señalarse, no obstante, que existen Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 25-5-1971 (RJ 1971\3402), 27-2-1982 (RJ 1982\838) y 20-9-1988 (RJ 1988\7159), entre otras, que sostienen que cuando existan herederos forzosos han de practicarse las operaciones particionales previas a la entrega salvo consentimiento de estos. *Este parecer, no obstante parece excesivamente riguroso, pues podría dar lugar a que el heredero que estuviese en posesión de los bienes dilatara su entrega durante largo tiempo mientras se tramitará el procedimiento universal y ello parece contradecir el espíritu de los preceptos antes analizados. Además si existe albacea puede entregar la cosa al legatario sin esperar a que se ultime la partición como se desprende del art. 885 del Código Civil y expresamente señala la STS 8-5-1989 (RJ 1989\3673), lo que corrobora la tesis primeramente expuesta que se considera, por ello, más adecuada, máxime cuando parece encontrar apoyo también en la STS 30-11-1990 (RJ 1990\9220)*».

³⁸ La *SAP Asturias (sec. 6ª) 22 marzo 2001*, además de recordar que «entre los autores más caracterizados de la doctrina científica se entiende que el *heredero instituido en cosa cierta y determinada puede ocupar por sí la cosa legada, máxime cuando lo es en pago de legítima*», cita la STS 25.5.1992 (RJ 1992, 4378) en este sentido: «el hecho de que el legatario de cosa específica y determinada adquiera su propiedad desde la muerte del testador *implica que tales bienes no entran a formar parte del caudal hereditario sobre el que han de versar las operaciones particionales*».

³⁹ JUR 2009/262270.

por la causante en nada perjudica la legítima de los herederos forzosos, único supuesto que permitiría declarar nula la entrega de legados anterior a la partición hereditaria».

[FD 2º]: «Debe concluirse que no existe nulidad absoluta de la partición por la entrega de los legados antes de efectuarse la partición, al no haberse perjudicado la legítima de los herederos forzosos»⁴⁰.

Pero hasta la fecha, la argumentación más completa de la tesis favorable a la posible entrega preparticional de legados se encuentra en la *SJPI nº 8 de A Coruña 18 mayo 2011*⁴¹; tras reflejar que hay dos tesis opuestas en la jurisprudencia, se inclina por la citada⁴² con base en diversos argumentos, que pueden sintetizarse así:

- Los artículos del Código civil (881, 882, 885, 988, 989, 1113-1 CC) que hacen obligatoria la entrega del legado desde que el legatario lo pide al albacea, sin perjuicio de reducción o de otras consecuencias si finalmente resultan afectadas las legítimas o los derechos de los acreedores (arts. 1025 y 1027)
- Si el legatario no fuese heredero o legatario de parte alícuota no tendría legitimación para promover partición, por lo que su derecho quedaría al albur de negativa perpetua de los herederos a partir.
- *A fortiori*, el 863 CC (legado de cosa del heredero o legatario) no exige que haya que liquidar y partir antes.

⁴⁰ Y añade y matiza: «La omisión de bienes o el defecto de valoración en los bienes de la herencia no da lugar a la nulidad absoluta de la partición sino bien a efectuar una partición adicional bien a la rescisión por lesión en más de la cuarta parte, y dicha acción de rescisión está caducada, al haber transcurrido en exceso el plazo de caducidad de 4 años desde la partición».

⁴¹ AC 2011/1261.

⁴² FD 1º SJPI 18.5.2011: «El primer escollo a sortear es la posibilidad de reclamar la entrega del legado cuando la partición está por realizar. Al respecto, un sector de la jurisprudencia sostiene que cuando existen herederos forzosos, como es el caso, cuyas legítimas pueden verse afectadas por los legados, la entrega o toma de posesión de los bienes legados en los casos contemplados en el art. 885 del Código debe venir precedida de la liquidación y partición general de la herencia, al imponerse el respecto de la integridad de las legítimas y demás derechos de los terceros interesados, en tanto que solamente de ese modo puede saberse si los legados se hallan dentro de la cuota disponible por el testador, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos, o si ha de procederse a su reducción, a no ser que éstos intervengan o concurren también a la entrega o manifiesten su conformidad sin partición, pues, constituyendo ésta una garantía y un derecho a favor de los mismos, claro es que pueden renunciar a él si tienen la necesaria capacidad legal —vgr. SAP Santander de 4 de junio de 2008, SSAP Oviedo de 14 de abril de 2008 y 29 de abril de 2002, SAP Palencia de 6 de mayo de 2002, SAP de La Coruña de 22 de abril de 2004, SAP de 31 de enero de 2005, entre otras y RDGRN de 20 septiembre de 1988 y 27 de febrero de 1982—. No obstante, debemos reconocer que existen voces con argumentos discrepantes, de los que participamos y que, sobre la base de lo dispuesto en los arts. 881, 882, 885, 988, 989, 1113-párrafo 1o del Código Civil, consideran obligada la entrega de los legados no sujetos a condición o término desde que el legatario se la pida al heredero o albacea, una vez aceptada la herencia o el cargo por éstos, sin perjuicio de su eventual reducción o consecuencias, si finalmente resultaren afectadas las legítimas o los derechos de los terceros acreedores, y de lo dispuesto en los arts. 1025, 1027 y sus complementarios [...]».

- Realiza una exégesis crítica de arts. 1025 y 1027: esos preceptos no vetan entregar el legado antes de partir, sino que, al contrario, aceptada la herencia a beneficio de inventario y pagados los acreedores se puede solicitar entrega de legados y después partir.
- La tesis contraria a la entrega de legados sin partición no funcionaría en caso de heredero único.
- «Tanto en presencia de uno como de varios herederos los legados pueden lesionar la legítima y ante ello los herederos forzosos pueden entablar una acción de reducción, para lo cual habrán de llevar a cabo una liquidación o cálculo —sean uno o varios— con el fin de averiguar si aquellos son inoficiosos, mas no una partición. En definitiva, la entrega de legado no está condicionada a la previa partición, lo que no impide, obviamente, que llevada a cabo aquélla e incluso antes y constatado que los legados son inoficiosos se permita a los herederos forzosos el ejercicio de la acción de reducción ex art. 817 del C.C.».

Por lo tanto, en cuanto a este ensayo interesa, apunta esta resolución la licitud de la entrega de legados sin haberse efectuado la partición y ni tan siquiera las operaciones particionales en sentido estricto, siempre que se haga un cálculo para averiguar si tales legados serían inoficiosos o no; en caso de resultar éstos inocuos para los intereses legitimarios, su entrega estaría franqueada.

3.2.3. Recapitulación de argumentos (legales, doctrinales y jurisprudenciales)

El *principio* que se deriva del conjunto de preceptos sucesorios del Código civil, sin que exista ningún artículo concreto que así lo imponga (cfr. art. 1025 Cc.) es que *cuando existan legitimarios debe practicarse con carácter previo a la entrega de legados (exigibles al albacea ex arts. 882 y 885) la liquidación y partición de la herencia para verificar si han quedado satisfechos los derechos prioritarios de acreedores y legatarios*. Este es el criterio general asentado en la DGRN (fundamentalmente, RR. 27 febrero 1982 y 20 septiembre 1988⁴³), refrendado por numerosas sentencias de Audiencias Provinciales (citadas *supra*) y compartido por buena parte de la doctrina científica (*ibidem*).

Sin embargo, examinada la cuestión en mayor profundidad, y además de no ser refrendado el criterio por la jurisprudencia del TS —que en la STS 8 mayo 1989 parece desmarcarse expresamente de él— es posible detectar algunas *excepciones*, igualmente avaladas por la propia DGRN (R. 29 marzo 2004), por otras Audiencias y Tribunales (*supra*) y por autorizadas voces doctrinales, que parecen jurídicamente abonadas y cabe compartir conforme a los siguientes argumentos:

⁴³ Téngase presente que en la RDGRN 20 septiembre 1988 los bienes legados eran los únicos que integraban el caudal relicto.

- 1) Si en la herencia resulta patente la existencia de caudal suficiente para pagar los legados sin vulneración de los derechos de legitimarios y acreedores⁴⁴, el albacea contador-partidor estará legitimado para entregar dichos legados sin realizar previamente la partición.
- 2) En definitiva, si los albaceas contadores-partidores han constatado que los legados no son inoficiosos podrán proceder a su entrega. Para realizar esa comprobación tienen varios cauces: a) realizar la partición; b) formalizar parte de las operaciones particionales⁴⁵ sin concluir en la partición (v. gr., inventario, avalúo, liquidación de deudas, colación, sin llegar a otorgar la partición definitiva ni realizar las adjudicaciones particionales); c) realizar los cálculos, cuentas y comprobaciones pertinentes que materialmente permitan llegar a tal conclusión aunque formalmente no constituyan operaciones particionales en sentido estricto⁴⁶. Lo cual no empece a

⁴⁴ Es el requisito y conclusión a la que llegan la RDGRN 29 marzo 2004 y la SAP Cantabria 24 febrero 2009 (cfr. STS 339/2010, de 27 de mayo) y, en la doctrina: MOREU BALLONGA, *El legado...*, cit., p. 189; CUADRADO IGLESIAS, Manuel, «Responsabilidad por razón de legados», en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *et al.* (dirs.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas Madrid, 2002, tomo IV, p. 5178; NÚÑEZ MUÑIZ, «Pago de legados en la liquidación...», cit., p. 395, quien se expresa en estos términos: «creemos que es posible su pago pese a la indivisión si resulta evidente, por la cuantía del caudal hereditario o por las escasas deudas e importe de los legados, que no van a ser perjudicadas las legítimas ni los derechos de los acreedores. En caso contrario, habrá que realizar la partición». A las que se suman las voces, ya citadas, de autores que consideran que los legados pueden ser entregados por los albaceas en cualquier momento, dados los derechos que a los legatarios reconoce el código civil: en esta línea, ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 325-326 o REY PORTOLÉS, *op. cit.*, pp. 983 y 985.

⁴⁵ En opinión de NÚÑEZ MUÑIZ (*op. cit.*, pp. 395-396), con referencia a la distinción que efectúa la SAP Madrid 99/2011, de 18 de mayo entre operaciones preparticionales y el momento particional propiamente dicho, entiende que «se podrían efectuar las operaciones de inventario, avalúo y liquidación para el cálculo de las legítimas y ver si perjudica a los acreedores. En caso de no ser así, tal vez podría procederse a su entrega efectuando únicamente las operaciones preparticionales».

⁴⁶ Como ya afirmara la RDGRN de 16 de noviembre de 1922 (*JC*, tomo 157, nº 110, p. 479), «el artículo 1056 y menos el artículo 1075 del Código Civil no exigen una demostración *a priori* de que la partición hecha no perjudica a los herederos legitimarios, sino que en primer lugar ordenan se pase por ella reservando las acciones de impugnación a los lesionados». Y como concluye GONZÁLEZ PACANOWSKA (*op. cit.*, p. 34) tras recordar esa resolución, «en definitiva, no existen normas imperativas sobre el modo de hacer las operaciones particionales, ni exige el artículo 81, c), *RH* la constancia formal de su previa realización para pagar el legado, ni deja de ser unilateral la actuación del contador-partidor aunque haya legitimarios». En la misma línea, al asumir la crítica a las RRDGRN que exigen partición antes de la entrega de los legados y rechazar el control previo por el Registrador, sostiene CARBALLO FIDALGO (*Las facultades del contador...*, cit., p. 240) que «podría en apoyo de esta postura argüirse la innecesidad, a efectos de comprobar la oficiosidad del legado, de la práctica de la totalidad de las operaciones particionales, amén de la posibilidad de los afectados de exigir de motu proprio su pago preferente [...]. Si la necesidad de entrega se impone, ha de ser para poder constatar previamente la suficiencia del caudal, pudiendo en el *interin* el legatario asegurar su posición mediante la solicitud de la anotación preventiva de su derecho ex artículo 47 L.H.». Por su parte, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro, *Tratado de Derecho de sucesiones*, La Ley, Madrid, 2013, p. 1339, tras sostener que el legado puede pedirse «desde que la herencia haya sido aceptada u ocupado su cargo el albacea, si es éste quien lógicamente debe de entregarlo», concluye que «habiendo legitimarios, la entrega de legados o la percepción directa de éstos por los legatarios estará sometida a la previa certeza de que no hay violación de la legítima», sin que indique formalismos especiales para esa verificación.

que si los cálculos de los contadores fueron erróneos o insuficientes y se acredita perjuicio a la legítima los herederos forzosos puedan emprender las acciones judiciales correspondientes en defensa de sus derechos legitimarios⁴⁷.

- 3) *El art. 81.c) del Reglamento Hipotecario admite la inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados en virtud de «escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega», sin imponer un orden de operaciones previas ni exigir la partición⁴⁸, que es, conforme a la letra anterior (art. 81.b RH), otro de los instrumentos que permite la inscripción registral. La actividad del contador-partidor parte de una presunción de buen hacer que se controlará *ex post* en el momento de rendición de cuentas.⁴⁹*
- 4) *La pasividad o el carácter obstruccionista de un heredero podría malograr la función del albacea-contador partidor, en caso de hacer una interpretación reductora de las facultades que le otorga el art. 885 para entregar la posesión de los legados de cosa determinada del testador⁵⁰. Bastaría a uno de los herederos con oponerse a entrega de legados y a que se haga la partición por discrepar del testamento o de las actuaciones del albacea para dejar sin cumplir la voluntad del testador; mientras no impugne judicialmente el contenido del testamento o las operaciones realizadas por los contadores, estos tienen no sólo la autonomía sino también la obligación de cumplir la voluntad del testador dentro del plazo temporal que se les fijó.*
- 5) *Aún sería acaso posible calificar jurídicamente un testamento en el que el propio testador distribuye entre sus herederos forzosos en forma de prelegados buena parte del caudal hereditario, tomando en consideración incluso las deudas, que se trata de una *partición (parcial) realizada por el testador ex art. 1056 Cc.*⁵¹ o acaso,*

⁴⁷ Así también SJPI nº 8 de A Coruña de 18 de mayo de 2011.

⁴⁸ Como señala CARBALLO FIDALGO (*Las facultades del contador...*, cit., p. 239, n. 452), aunque el art. 81.b LH alude a la escritura de partición como título de inscripción, «no obstante, el propio precepto en su párrafo siguiente permitiría obviar tales formalidades, al contemplar la simple escritura de entrega otorgada por legatario y contador-partidor».

⁴⁹ Como señala la misma autora citada en la nota anterior (*op. cit.*, p. 240), «presidida la tarea particional del contador-partidor por una presunción de buen hacer que relega su fiscalizabilidad *a posteriori*, podría reprocharse que, a propósito de la adjudicación de legados, se establezca un control previo, negándose la escritura de entrega verificada con anterioridad a la práctica de la partición»; a lo que CARBALLO añade como resumen de la posición doctrinal crítica a tal proceder que «se rechaza que el Registrador se convierta en controlador *ex officio* de la regularidad cronológica de las liquidaciones sucesorias, presumiendo así su vulneración por el comisario que ejecuta un acto aislado».

⁵⁰ Aducen el argumento tanto la SJPI nº 8 de A Coruña de 18 de mayo de 2011 como CABALLO FIDALGO (*ibidem*, p. 232). La citada sentencia, además, esgrime el supuesto –distinto del caso que aquí se plantea, pero con argumento persuasivo en términos de construcción general– de que el legatario no fuese heredero o legatario de parte alícuota, de forma que ante la negativa perpetua a partir de los herederos no estaría legitimado para solicitar la división y, en consecuencia, entrega de su legado.

⁵¹ Aunque no cuenten con todas las operaciones particionales al uso, la jurisprudencia considera posible tal calificación en algunos casos para determinadas disposiciones del testador tratando de distribuir su caudal hereditario por vía de legados. *Vid.* al respecto la STS 21 julio 1986 y la SAP Madrid 19 enero 2002, con abundante cita jurisprudencial. Pero cfr., con otro parecer (calificándolas de «normas» o

*con mayor precisión, de una serie de adjudicaciones particionales en forma de legados*⁵², que el contador-testador habrá de cumplir y los legitimarios respetar, pues, como indica el *art. 1056.1 Cc*, «*se pasará por ella*, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos».

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Por lo tanto, a la cuestión planteada (¿pueden los albaceas contadores-partidores entregar legados antes de la partición?) cabe responder así: dada la ausencia de preceptos que veten la posibilidad de entregar los legados antes de efectuar la partición; dadas las discrepancias jurisprudenciales⁵³, registrales y doctrinales acerca de la licitud de ese proceder, con argumentos bien fundados acerca de cuál es el principio («no») y cuáles pueden ser las excepciones; y dado que en todo caso, aun asumiendo que la defensa prioritaria de los derechos de legitimarios y acreedores de la herencia aconseja la previa comprobación de que los legados no son inoficiosos, no necesariamente mediante una partición en sentido estricto, sino con operaciones preparticionales tales como el inventario, el avalúo, liquidación y cálculo de la legítima o, al menos, mediante una serie de comprobaciones de que con su entrega el caudal relicto restante es suficiente para satisfacer a plenitud legítima y deudas, no parece que los albaceas contadores-partidores excedan sus facultades entregando legados preparticionales, siempre que quede acreditado el último requisito⁵⁴.

«disposiciones para la partición», más que partición parcial), las *SSTS 9 mayo 1961, 8 marzo 1989, 7 septiembre 1998 o 22 mayo 2009*.

⁵² Sobre ello, *STS 18 julio 1998* y, con desarrollo de ambas categorías, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Comentario a la STS 18 de julio de 1998. Interpretación del testamento: prevalece la voluntad real del testador sobre el tenor literal en una cláusula contradictoria; legado (prelegado) o adjudicación particional. Herencia indivisa: administración de herencia. Sustitución ejemplar. Incongruencia», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1999, nº 49, ref. 1325, pp. 67-92.

⁵³ De hecho, el repaso jurisprudencial ha permitido constatar que ante situaciones como las del caso sometido ante nuestra consideración, en las que los albaceas contadores-partidores se pueden ver acuciados por pretensiones contrapuestas (los legatarios exigiendo la entrega, como les autoriza el art. 885 Cc. y los legitimarios negándose a ello en defensa de sus derechos *ex art.* 806, 817 y 820 Cc.) apelando a la función neutral que les compete, cuando han entregado los legados antes de la partición los tribunales en ocasiones les han dado la razón en sentencias firmes (v. gr., SAP Asturias 29 diciembre 1993, SAP Cantabria (sec. 4ª) 24 febrero 2009) y en ocasiones se la han concedido en instancia y revocado en apelación (v. gr., SAP Madrid 26 septiembre 2011, SAP Córdoba (sec. 1ª) 4 marzo 2013). Como se ha visto, no todos los supuestos de hecho merecían idéntica solución y la regla y excepciones se han inferido, se entiende, con coherencia, a la luz de los fundamentos de derecho y las circunstancias fácticas.

⁵⁴ De acuerdo con cierta práctica notarial, si en actas de manifestaciones o en las propias actas notariales de entrega parcial de legados los albaceas declaran «que como albaceas contadores-partidores *están realizando las tareas que conducirán a la partición de la herencia y adjudicación de los bienes*» (o expresión similar) cabría colegir —salvo desmentido en sede judicial— que ya habrían realizado determinados cálculos u operaciones particionales, siquiera con carácter preparatorio o informal, aunque no la partición misma.

Al respecto, parece *recomendable* la inmediata realización de *inventario* –que sería el instrumento más idóneo para despejar cualquier duda antes de entregar los legados, aunque no fuese preceptivo⁵⁵ y quedando a salvo el deber impuesto por el art. 1057.3 Cc.⁵⁶–, con su correspondiente avalúo, bien se tome este inventario como fórmula para esclarecer el caudal relicto y refrendar la posibilidad de entrega de los legados por no vulnerar derechos de legitimarios y acreedores o bien se diseñe como una operación particional en sentido estricto con la que se otorgue la partición definitiva. En ésta los albaceas contadores-partidores, a falta de expresa disposición de la testadora, habrán de *esclarecer si los prelegados que entregaron a los herederos (forzosos) antes de partir deben imputarse de acuerdo con el art. 828 y 829 Cc. a su legítima estricta, a la mejora o al tercio de libre disposición*, lo cual puede tener relevancia, en función del caudal relicto, de cara a entender respetados los derechos legales de los demás herederos forzosos. Para realizar esa imputación tienen plena competencia tanto por la facultad de interpretar el testamento que les corresponde en su calidad de albaceas (art. 901 Cc.)⁵⁷, como por sus facultades en cuanto a colación, cálculo, imputación de legados y donaciones y demás actividades propias del contador-partidor⁵⁸.

BIBLIOGRAFÍA:

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentarios al art. 885 Cc.», en ID., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1981, tomo XII.1º, pp. 310-334.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Los legados», capítulo 7 en PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (coord.), *Curso de Derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Colex, Madrid, 2013, pp. 175-202.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Comentario a la STS 18 de julio de 1998. Interpretación del testamento: prevalece la voluntad real del testador sobre el tenor literal en una cláusula contradictoria; legado (prelegado) o adjudicación particional. Herencia

⁵⁵ Como ya señalara LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, I, p. 774) al resumir los deberes del albacea: «*El Cc. no impone la obligación de hacer inventario*: no obstante el inventario es la regla en cualquier supuesto de posesión de una masa o conjunto de bienes de los que debe darse cuenta o que se han de restituir: el albacea, por tanto, sólo habrá de hacer inventario en tanto en cuanto se halle en una tal situación». De «función o facultad» califica la de hacer el inventario COBAS COBIELLA, María Elena, *El albaceazgo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 213; RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones. Común y foral*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, tomo II, p. 2127 señala que «el Código civil no impone a los albaceas el deber de hacer inventario. La doctrina española se muestra dubitativa, pero parece lo más aceptable considerar que debe hacerlo».

⁵⁶ Que prescribe la obligación de inventariar cuando existe algún coheredero menor de edad.

⁵⁷ La DGRN ha refrendado en numerosas ocasiones esta función también para el contador-partidor en lo necesario para sus funciones: v. gr., RRDGRN 29 marzo 2004, 31 marzo 2005, 13 octubre 2005, etc. Sobre este punto, DELGADO TRUYOLS, Álvaro, «La partición por el contador partidor y la interpretación del testamento siendo albacea o cuando sólo es contador partidor», en LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir.), *El patrimonio sucesorio*, Dykinson, Madrid, 2014, tomo I, pp. 1301-1315.

⁵⁸ *In extenso*, por todos, PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pp. 175-183; CARBALLO FIDALGO (*Las facultades del contador...*, cit., pp. 133-163);

indivisa: administración de herencia. Sustitución ejemplar. Incongruencia», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*», enero-marzo 1999, nº 49, ref. 1325, pp. 67-92.

CARBALLO FIDALGO, Marta, «Comentarios al art. 902 Cc.», en CAÑIZARES, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, F. Javier, VALPUESTA, Rosario (dirs.), *Código civil comentado*, Civitas, Madrid, 2011, vol. II, p. 1179-1183.

CARBALLO FIDALGO, Marta, *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Civitas, Madrid, 1999.

COBAS COBIELLA, María Elena, *El albaceazgo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

CUADRADO IGLESIAS, Manuel, «Responsabilidad por razón de legados», en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. et al. (dirs.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas Madrid, 2002, tomo IV, p. 5177-5198.

DELGADO TRUYOLS, Álvaro, «La partición por el contador partidor y la interpretación del testamento siendo albacea o cuando sólo es contador partidor», en LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir.), *El patrimonio sucesorio*, Dykinson, Madrid, 2014, tomo I, pp. 1301-1315.

DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil. Derecho de familia y sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1997, IV.

ESPÍN ALBA, Isabel, «Legados», en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (Dir.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2011, tomo I, pp. 1117-1150.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Intervención de los legitimarios en la partición en el Derecho civil común», en PÉREZ-BUSTAMANTE DE MONASTERIO, Juan Antonio (Dir.), *Estudios de Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Dykinson, Madrid, 2013, tomo I, pp. 682-683.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentarios a la RDGRN 20 de septiembre de 1988. Entrega de legados por el albacea contador-partidor», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 19, 1989, pp. 27-36.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1971, tomo I.

LORA-TAMAYO, Isidoro, «La partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia existiendo legitimarios. Comentarios a la reciente doctrina de la DGRN», *El Notario del siglo XXI*, nº 62, julio/agosto 2015, pp. 150-160.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro, *Tratado de Derecho de sucesiones*, La Ley, Madrid, 2013.

MOREU BALLONGA, José Luis, *El legado genérico en el Código civil*, Madrid, 1991.

NÚÑEZ MUÑOZ, María del Carmen, «Pago de legados en la liquidación hereditaria: principales cuestiones prácticas en los supuestos de concurrencia entre herederos y legatarios», en LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir.), *El patrimonio sucesorio*, Dykinson, Madrid, 2014, tomo I, pp. 377-402.

PUIG FERRIOL, Luis, *El albaceazgo*, Bosch, Barcelona, 1967.

REQUEIXO SOUTO, Xaime Manuel, «Clases de legados», en GETE-ALONSO, *Tratado de Derecho de sucesiones*, cit., I, pp. 1151-1203.

REY PORTOLÉS, Juan Manuel, «Comentario a la resolución de la DGRN de 27 de febrero de 1982», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1983, pp. 971-987

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones. Común y foral*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, tomo II.

SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier., «Comentarios a los arts. 881 a 889 Cc.», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo I, p. 2159 y ss.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, «Los legados. Parte segunda. Estudio de la adquisición e ineficacia de los legados», en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (dir.), GARRIDO MELERO, Martín (coord.), *Instituciones de Derecho Privado. V.1. Sucesiones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 543-723.

VICENTE DOMINGO, Elena, «Comentarios al art. 885 Cc.», en CAÑIZARES/DE PABLO/ORDUÑA/VALPUESTA (dirs.), *Código civil comentado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2011, II, p. 1125-1127.

Fecha de recepción: 04.12.2015

Fecha de aceptación: 21.12.2015