

# Sobre particiones verificadas por el testador en actos intervivos

El artículo 1.056 del Código civil sancionando una forma de practicar la partición dice : «Cuando el testador hiciere por actos entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos».

De la manera de aplicar este artículo, vamos a ocuparnos brevemente.

El testador puede disponer de su patrimonio sin liquidarlo previamente y sin distribuirlo en concreto, dejando estas operaciones al acuerdo de los herederos, forma la más racional, puesto que el acto de disposición se ha de referir a la época de su muerte, y por tanto en la época en que surte sus efectos, debe hacerse la liquidación.

Pero nada impide que al acto de disposición (testamento), añada otro de ejecución (partición), ya en un mismo instrumento, ya en instrumentos distintos, y que al ejecutar el testamento y dividir su patrimonio, practique la liquidación del mismo, fijando el debe y el haber, premisa indispensable de la partición, y sujetando a distribución el caudal líquido resultante.

Claro es que esta liquidación es meramente provisional ; carácter definitivo lo adquirirá a la muerte del testador. Entonces, si los supuestos de hecho siguen iguales, la liquidación y partición son irrevocables, si han cambiado, y el cambio es de tal naturaleza, que haga presumir una voluntad distinta, se modificará (artículo 1.075).

Esta partición puede hacerse por actos entre vivos o de última voluntad ; la primera forma ofrece algunas dudas.

La referencia a los actos intervivos, ¿habrá que entenderla absoluta, es decir, sometiendo dicha partición a los preceptos legales, que en cuanto capacidad, forma y efectos, rigen dichos actos?

Sabido es que los actos intervivos requieren una capacidad distinta de los *mortis causa*. En lo relativo a partición, el artículo 1.058, exige ser mayor de edad y tener la libre administración. En general, la capacidad para los intervivos, se rige por el artículo 1.263 del Código, y la de los *mortis causa* por el 663. Un loco (1) en intervalo lúcido podrá hacer testamento, pero no podrá contratar; una mujer casada, un menor emancipado, puede válidamente disponer por testamento y en cambio, por actos intervivos necesitan completar su capacidad. En cuanto a forma, también se acusan notables diferencias: número y cualidades de los testigos, forma de constatar la capacidad, reglas sobre dación de fe de conocimiento, y en general, un mayor rigorismo en los actos *mortis causa*. Así, el acto privado contraactual, puede ser escrito por cualquier persona y bastará la firma del obligado; en el acto privado testamentario se exige la completa autografía. En los efectos de uno y otro acto existe una radical divergencia; los intervivos son irrevocables, los de última voluntad, revocables.

Por estas y otras diferencias que podían aducirse, se observa cuanto importa precisar el alcance de la referencia y determinar, si la partición por actos intervivos se regirá por los preceptos de dichos actos, bien en los tres extremos fundamentales de capacidad, forma y efectos, o bien únicamente en alguno de ellos.

El reputado civilista, Sr. Sánchez Román, dice en sus Estudios de Derecho Civil: «La hipótesis del artículo 1.056, contiene dos ac-

(1) Sobre la capacidad de contratar el loco en intervalo lúcido guarda silencio el Código. Manresa cree que la tiene, argumentando por analogía. Don Felipe Clemente de Diego dice a este particular: «No se puede argumentar por analogía de lo que el Código dispone para la facultad de hacer testamento en el artículo 665, pues los actos intervivos, como el contrato, son más graves en sus consecuencias por ser inmediatas y requieren mayor capacidad.» (*Curso elemental de Derecho Civil*, tomo IV, pág. 221).

Además de lo aducido por este ilustre profesor, puede añadirse que en los actos *mortis causa* hay una razón de necesidad que no la hay en los intervivos, ya que el acto de testar es personalísimo, y, por tanto, esto inclina al legislador a regular con un criterio más amplio la capacidad para testar que para contratar y admitir para aquélla la discutida teoría del intervalo lúcido.

tos jurídicos, *testar*, instituir o disponer por causa de muerte, y *partir*, dividir o distribuir el caudal hereditario entre los instituidos o llamados a suceder; cada uno de ellos necesita los elementos personales, reales y formales, que según la ley les son indispensables, y entre ellos, el primero de las solemnidades necesarias en la clase de testamentos de que se trate, y el segundo de los requisitos Notariales y del Registro que están asignados a los documentos de su naturaleza para que causen sus efectos y sean inscribibles en el Registro de la Propiedad».

De este párrafo, no muy claro, parece deducirse, que el acto particional hecho por el testador, se ha de ajustar, en cuanto a los requisitos personales, reales y formales, a las reglas generales de las particiones, y por tanto, en cuanto a capacidad, forma y efectos.

Manresa, dice en sus «Comentarios»: «Con estas palabras—por actos entre vivos o por última voluntad—la ley alude a las formalidades con que puede practicarse la partición, no a los efectos de ésta, significando que para ello no es preciso que intervengan las formas solemnes que todo testamento requiere».

No alude a la capacidad, pero claro es, que si para este autor no hay más especialidad que la forma, la capacidad y los efectos se rigen por los actos *mortis causa*.

Esta es también la opinión del Supremo, según la Memoria correspondiente al año 1904. «El testador puede hacer la partición, o por última voluntad o por actos intervivos después de haber testado, por manifestación que no requiere las solemnidades de los testamentos...».

No hace más salvedad que esa: la solemnidad.

Y en otro párrafo dice: «Las particiones hechas en vida podrán producir efectos de contrato, pero es después de la muerte del testador..., pues su naturaleza, alcance y finalidad, no consienten que sirvan para desvirtuar en lo más mínimo el principio de la libertad de testamentifacción».

Aquí ya explícitamente se excluyen los efectos.

El Sr. Sancho-Tello, en su tratado de «Redacción de instrumentos públicos», se pregunta: ¿Podrá practicar la división por actos intervivos, quien teniendo capacidad para testar, no la tenga para contratar y obligarse? Y después de admitir que, de los preceptos del Código hay que deducir una contestación afirmativa, opi-

na en definitiva que, «no obstante, nosotros no admitiríamos a otorgar una escritura de división a quien no tuviera tanto la capacidad necesaria para testar, como la general para contratar y obligarse, que exige el otorgamiento de toda escritura pública».

Nos parece este un criterio impugnable.

La capacidad la exige la ley, en relación con la naturaleza y efectos de los actos de que se trate. Si el acto es de disposición e irrevocable, claro es que exigirá una capacidad más rigurosa que cuando sean revocables y meramente de ejecución. Para una venta, para una hipoteca, se exige el *máximum* de capacidad, porque suponen el *máximum* de lesión para el titular o sea, ser actos irrevocables y actos de disposición; para crear simplemente un vínculo obligatorio, admite la capacidad restringida del emancipado; para los actos *mortis causa*, que no merman ni gravan el patrimonio del disponente y son revocables, admite el *mínimum*: los catorce años.

Se observa, pues, fácilmente, la correlación entre la capacidad y los efectos del acto.

La partición del testador por actos intervivos es unánimemente reconocida como acto de ejecución y como acto revocable, y si esto es cierto, ¿en virtud de qué principios jurídicos íbamos a exigir la capacidad específica requerida para los actos de disposición o los actos irrevocables?

El mismo señor Tello reconoce (pág. 456) que se trata de un acto esencialmente revocable y complementario del testamento, y el Tribunal Supremo lo sanciona explícitamente en la Sentencia de 13 de Junio de 1903, diciendo «que una partición hecha por el testador, sea o no con la intervención de los herederos, en ningún caso puede por su índole producir la menor coartación en la libre facultad de aquél para testar en cualquier tiempo, variando o modificando las condiciones de dicha partición por ser esta facultad inherente à la testamentifacción activa y porque semejante coartación implicaría un verdadero pacto sucesorio.»

Opinamos que basta la capacidad de testar para otorgar particiones intervivos por las siguientes razones:

1.º Porque la facultad está reconocida al testador y, por tanto, admitida la capacidad para testar a los catorce años, desde esa edad gozará de la facultad atribuída en el artículo 1.056.

2.º Porque siendo acto de ejecución y revocable y exigiéndose la capacidad en razón de la naturaleza y efectos de los actos, no hay fundamento para exigir en estos actos capacidad distinta de la requerida para testar.

La interpretación del artículo debe dirigirse a hacer convivir los términos del mismo—testador y actos intervivos— y no a hacerlos antagónicos. Si la referencia que hace el artículo a los actos intervivos la entendemos absoluta, es decir, aplicable a capacidad, forma y efectos, tendremos las dos siguientes consecuencias:

Primera. Que la finalidad del artículo, que es ampliar las facultades de los testadores; queda frustrada con esta interpretación restrictiva de dichas facultades, haciendo de un precepto de carácter general, «cuando el testador», un precepto de excepción, los testadores que tuviesen capacidad para contratar.

Segunda. Que sustantivamos la partición quitándole su carácter de acto complementario y accesorio del testamento a cuya vida va ligado, y claro es, que al sustantivarla se desnaturaliza, resultando un pacto sucesorio si medió intervención de los herederos.

Alguna duda parece proyectar sobre esta cuestión de capacidad el artículo 1.271 del Código. Dice éste que sobre la herencia futura no podrán celebrarse *otros contratos* que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, conforme al artículo 1.056.

¿Estamos, pues, al estudiar el acto intervivos del artículo 1.056 frente a un contrato? Así lo califica el artículo 1.271, resultando que la referencia un poco vaga del artículo 1.056 se concreta y determina hasta un extremo insospechado.

Partiendo de esta idea habría que aplicar el principio de que la validez y cumplimiento no pueden quedar al arbitrio del testador, así como aceptar la consecuencia de que, perfeccionándose el contrato por el consentimiento y siendo éste, concurso de oferta y aceptación, se necesitaría la aceptación de los beneficiados para la eficacia del acto en cuestión.

Claro es que basta para desvanecer esta apariencia de argumentación la simple invocación del artículo 737 del Código Civil, que declara esencialmente revocable el testamento (1) y el mismo

(1) Y, por tanto, los actos que del testamento traigan causa.

artículo 1.056, que establece que cuando el testador hiciere la partición se *pasará por ella*, con cuya frase indica que de la voluntad única del testador procede la fuerza de la partición.

En resumen, creemos por todas las razones apuntadas, que la referencia del artículo 1.056 a los actos intervivos no es aplicable ni a la capacidad ni a los efectos, sino únicamente a la forma.

De la aplicación a esta partición de los principios sobre capacidad para testar, creemos también que la mujer casada que haga por actos intervivos la partición de sus bienes no necesita licencia marital.

«Tratándose de cónyuges—dice don Felipe Clemente de Diego, en la *Revista de Derecho Privado*, núm. 134—cada uno por sí puede hacer uso de esta facultad de dividir supuesta la licencia marital para la mujer que lo realice en actos intervivos, porque tal facultad está reconocida en todo testador...»

Disentimos del parecer de este sabio profesor.

¿Por qué la licencia marital? Si es facultad atribuida al testador y el testador no necesita licencia ni asentimiento de nadie para disponer, ¿por qué ha de necesitarla para dividir?

La referencia ya repetida del artículo 1.056 a los actos intervivos se interpreta aun sin querer demasiado extensivamente.

La licencia no la reputamos necesaria, por las siguientes razones:

1.<sup>º</sup> Porque el acto verificado por la mujer no ataca la economía matrimonial.

2.<sup>º</sup> Porque tampoco menoscaba la autoridad marital.

El fundamento común de estas dos afirmaciones está en que el acto particional ha de surtir efectos cuando ni la sociedad conyugal ni la autoridad marital existen.

3.<sup>º</sup> Porque este acto no encaja en ninguna de las situaciones a que se refiere el artículo 61 del Código, es decir, ni es adquisición, ni enajenación, ni obligación.

El supuesto de partición verificada por un cónyuge suscita otro problema. ¿Es válida la liquidación que de la sociedad conyugal se haga a los efectos de fijar el haber hereditario del cónyuge que hace la partición?

Claro es, que un cónyuge por sí solo no puede verificarla.

La liquidación, ya se consideren los gananciales como una co-

munidad, ya como un caso de sociedad, requiere el concurso de los demás interesados.

Prestado este concurso, ¿será válido el acto? Es incuestionable que para hacer la partición hay que conocer previamente el caudal partible, y para determinar y cuantificar éste, si el testador partidor es casado, se necesita fijar su parte de gananciales y para ello hacer el inventario y liquidación de la sociedad.

La cuestión parece chocar con los artículos 1.319 y 1.320 del Código Civil, que prohíben alterar las capitulaciones después de celebrado el matrimonio, y claro es, que lo que se dice de las capitulaciones, hay que entenderlo aplicable al régimen económico matrimonial en general, aunque sea subsidiario, como el de gananciales.

Pero verdaderamente no hay lugar a dudas.

Aquí no se altera régimen alguno, puesto que la sociedad sigue sometida a las mismas reglas: sus bienes, sus cargas, su administración, la inversión de sus frutos, etc., etc., sigue igual. Ni un derecho ni una obligación de los cónyuges se ha alterado por esta liquidación practicada.

Más dudoso aparece el caso examinándolo según los artículos 1.417 y 1.418, que determinan en qué casos terminan la sociedad y en cuáles procede el inventario. Pero, como certamente advierte De Diego en el lugar ya citado, «no hay contradicción, porque no hay separación de bienes en calidad de gananciales para los efectos de su adjudicación y disfrute exclusivos en lo futuro. No se trata de liquidar ni de disolver, sino de dividir o partir, a fines testamentarios o de última voluntad, un caudal perteneciente a los cónyuges, para lo que les faculta su cualidad de propietarios y testadores..»

No habiendo, pues, alteración en el régimen económico de los bienes (artículos 1.319 y 1.320), ni conclusión de la sociedad (artículo 1.417), ni implicando el acto hacer suya anticipadamente la mitad de gananciales (artículo 1.392), ni renuncia de la sociedad (artículo 1.394), no hay razón para prohibirlo.

Este mismo criterio de atender a la finalidad del acto para calificar su licitud se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Enero de 1918, en uno de cuyos considerandos dice «que si bien es cierto que hasta la disolución del matrimonio

y previa liquidación de la sociedad legal no puede saberse ni determinarse si hay ganancias o pérdidas, tal doctrina sólo tiene eficacia cuando se trate de hacer efectivos los derechos invocados por los partícipes en las ganancias que se supongan realizadas, pero no cuando constante matrimonio surja controversia sobre la naturaleza de determinados bienes, en cuyo caso hay que atenerse para resolverlas a las reglas que establecen el régimen económico del matrimonio y definen los bienes comunes y los propios.»

Acudiendo al contrato de sociedad, fuente supletoria de la comunidad de gananciales, según el artículo 1.395 del Código Civil, y observando el régimen interior de su vida económica, podríamos equiparar esta liquidación privada de los cónyuges a un balance de la sociedad legal de gananciales, a los efectos de calcular el fondo social, y por tanto, el haber probable de cada partícipe. No es acostumbrado, desde luego, hacer balances de la sociedad de gananciales, pero si se hicieran, ningún reparo podría ponerse a su licitud.

¿No habría que hacer este quasi balance a los efectos de determinar la cuantía de la dote obligatoria en el caso del artículo 1.341 del Código Civil?

En este inventario y liquidación hechos a fines testamentarios no hay peligro de que se infrinjan o burlen las disposiciones del Código relativas a la prohibición de hacerse donaciones los cónyuges a que se refieren los artículos 1.334 y 1.335, ni la referente a constituir dote el marido a favor de la mujer después del matrimonio que contiene el 1.338 del Código, por la razón de que cualquier reconocimiento de aportaciones hecho por un cónyuge a favor del otro no tendrá más alcance que el que pudiera hacerse en testamento, dado que esta partición en cuanto a sus efectos produce los propios de los actos *mortis causa*, y por tanto, tal reconocimiento ni supone ventaja otorgada de presente, ni podría prejudicar en ningún tiempo a acreedores ni a legitimarios, aparte de que el contrato de confesión de dote es válido y permitido por la ley.

Constante matrimonio y en las relaciones patrimoniales, tanto entre cónyuges como entre terceros, la condición de los bienes, cuantía de las aportaciones, derechos en el haber común, etc., etcétera, se regirán por las respectivas disposiciones legales que de-

finen y regulan la vida económica del matrimonio, sin que las declaraciones o reconocimientos hechos en la liquidación puedan invocarse como fuente de derechos o situaciones jurídicas que hubieren de desplegar sus efectos intervivos.

Este criterio debe ser aplicable incluso a los reconocimientos de deudas hechos por cualquiera de los cónyuges a favor de tercero, según aparece en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo con motivo de la confesión de deuda hecha en el testamento, que pierde su eficacia si el testamento se revoca (11 de Abril de 1916).

¿Podrá el cónyuge que no intervenga como testador partidor revocar o desconocer esta liquidación en su testamento y prescindir de las confesiones, reconocimientos o declaraciones hechas?

No parece correcto, jurídicamente, escindir la naturaleza de un acto y admitir que en un extremo produzca efectos intervivos y en otro *mortis causa*, aunque a esta interpretación condujera el diferente carácter con que intervienen uno y otro cónyuge en el otorgamiento.

Parécenos, por el contrario, que si esta liquidación a fines testamentarios no implica pacto, y es siempre en cuanto a sus efectos acto *mortis causa*, podrán uno y otra desconocerla y revocarla en otro testamento u otorgamiento *mortis causa* posterior.

La cuestión es dudosa, por ser y aparecer oscura en el Código la naturaleza de este acto híbrido, que a cada paso se encuentra con un precepto prohibitivo, cortándole el camino, y que en todo momento se manifiesta como mancomunidad de voluntades para fines *mortis causa*, aunque en forma de actos intervivos y con finalidad ejecutiva.

MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

Abogado.