

Derecho de Sucesiones

PARTE GENERAL

IDEAS Y REFLEXIONES EN TORNO A LA OBRA DE DON JOSÉ
LUIS LACRUZ BERDEJO.

Desde la aparición de la traducción a nuestro idioma del *Derecho de Sucesiones*, de J. BINDER (Ed. Labor, 1953), con las anotaciones al Derecho español por don JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, cuando aún no era más que Profesor adjunto de la Universidad de Zaragoza, llamó poderosamente nuestra atención la fuerte personalidad que acusaba el que es hoy Catedrático de Derecho Civil de dicha Universidad.

La recopilación de diversos trabajos suyos en un tomo: *Estudios de Derecho Civil* (Bosch, 1958), confirmó nuestra esperanza de estar a presencia de un civilista no sólo de gran cultura, sino—lo que es más prometedor—con ideas propias, expuestas, además, con lucidez y estilo original.

En la mesa o despacho de todos los lectores de esta REVISTA no dudamos se hallarán las magníficas «Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral», del repetido Profesor, algunas de las cuales, como, por ejemplo, la de la «Mecánica de la adquisición *a non domino*», estimamos como el mejor estudio en nuestra patria sobre la materia.

Ahora, LACRUZ acaba de publicar la obra cuyo título encabeza este trabajo, que mejor que una recensión es un exponente de las ideas más ajustadas del autor a la finalidad de esta REVISTA, con las cuales, si no siempre coincidimos, consideramos de gran valor y originalidad.

La densidad de conceptos de LACRUZ nos obliga a veces a ser demasiado escuetos y hasta abstractos en nuestra exposición. Ello, sin duda, hará meditar al que nos siguiere en la ineludible necesidad de la completa lectura de la obra, en la cual—en su capítulo XV, cual lo hiciere en los §§ 41 a 50 de las *Lecciones de Derecho Inmobiliario*—ha colaborado el Profesor SANCHO REBULLIDA, lo que es de justicia consignar.

* * *

Según la doctrina dominante, sucesión es subentrar una persona en el puesto de otra, en una relación jurídica que, no obstante tal transmisión, sigue siendo la misma.

Pero no todos los autores admiten el concepto. Porque todo derecho presupone un sujeto: la mutación del titular, por tanto, provoca su extinción (así KUNTZE, CARNELUTTI, VOCINO).

Esto es evidente. Mas hay que fijarse que es el *mismo interés individual* el que a través de los sujetos perdura. Porque el derecho es *forma*. De ahí que negar el concepto de *sucesión* tal como hoy prima, iría contra el espíritu de la Ley, que distingue perfectamente la *sucesión* de la *novación*, por ejemplo, donde únicamente considera como un medio de extinción de las obligaciones, la segunda.

De las sucesiones aquí nos interesa la *mortis causa*, que si acto de disposición, sin duda más bien podríamos estimar, con GORLA, se trata de una especie propia o *sucesión independiente*, esto es, la sucesión privada de vínculo con el ejercicio de derecho subjetivo, y actuada en fuerza de otro poder, concepto amplio que abarca especies muy dispares y que acaso—confesemos—no aporta nada nuevo al fenómeno sucesorio, que, en cuanto *mortis causa* es de necesidad.

Dando por muy conocidas las bases históricas del sistema hereditario en los pueblos romano y germánico, es interesante, sin

embargo, observar la impronta que en el Derecho español produjeron una serie de normas morales y religiosas—latentes en aquellos sistemas—de ciertas reglas canónicas antes que su mismo derecho.

La principal manifestación, sin duda, es la referente a la libertad de testar. Frente al principio de indisponibilidad de los bienes por el cabeza de familia, que establecen los derechos germánicos, la Iglesia, proclamando el valor expiatorio y meritorio de la limosna, invita a los fieles a entregar a la hora de la muerte una parte de su patrimonio a obras pías, granjeándose así el perdón de los pecados. Esta doctrina es la cabeza de puente por donde penetra la libertad de disponer en los derechos germánicos.

Y junto a esta influencia de la doctrina cristiana, tenemos la del Derecho canónico propiamente dicho: o sea el respeto absoluto a la personalidad humana en su más alta manifestación, y la afirmación abstracta de la libertad del querer en cualquier sujeto de Derecho. Adoptado esto por Roma, significa el triunfo absoluto de su sistema sobre el germánico.

Por otra parte, el derecho sucesorio de la Iglesia ha facilitado extraordinariamente las formas de los testamentos: cuando se declare la voluntad ante el párroco, se castiga con excomunión al que intente impugnar el testamento. Y cabe remitir a una célula privada para señalar en ella el nombre del heredero y, mediante un desarrollo extraordinario—por secuencia de aquélla—del codicilo queda suprimido el requisito de la institución del heredero, manteniéndose la validez de las cláusulas por sí, aun cuando éste sea nulo por preterición o desheredación. Con ello queda destruida la famosa regla romana *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

* * *

Pero tornemos al concepto sucesorio propiamente dicho, cuando nuestro artículo 660 C. c. establece que «es heredero el que sucede a título universal, y legatario el que sucede a título particular».

Esto explica la necesidad de fijar el mismo. Nadie con más propiedad que CIRCU ha dicho «que si la muerte yugulase con la vida del sujeto también la de las relaciones jurídicas, las cosas de propie-

dad del difunto se harían *res nullius*, los *iura in re*, los créditos y otros derechos incorpóreos se esfumarían, y las obligaciones, extinguiéndose, determinarían la desaparición de los créditos».

De aquí el concepto de la sucesión universal caracterizada por el paso, *uno ictu* y sin necesidad de las formalidades precisas para la transmisión de cada uno de los bienes singulares.

Pero ¿cómo se explica el fenómeno o justifica su naturaleza? Periclitada la idea de la continuación de la personalidad—que BONFANTE califica de «macabra» y ENDEMANN de «residuo de la creencia en la transmigración de las almas»—, hoy la doctrina parece inclinarse por la de la adquisición de una *universitas*.

Pero hay que reconocer que la primera teoría—la de la continuación de la personalidad—encierra una cierta intuición que la Ley ampara; en tanto la segunda—la de la *universitas*—envuelve un preconcepto, deja en el aire muchas cuestiones que sólo por un fenómeno de cohesión, como la posibilidad de comprender todos los bienes atribuidos al heredero bajo un denominador común, a efectos de venta, usufructo, etc., ha conseguido haga fortuna.

Esta cohesión tiene para muestra sistemática una influencia decisiva: la explicación de la herencia yacente, con sus derivados de petición de la misma, responsabilidad de las deudas, etc.

Pero esto, conectado con que si el heredero no sucede propiamente en la personalidad del causante, si adquiere una cualidad personalísima e intransferible, puede conducirnos a la explicación del fenómeno, en el que, como apuntamos anteriormente, tanto juega la Ley.

Al heredero, mejor que otra cosa, compete una misión de tutela sobre los intereses extrapatrimoniales del causante, y como de los patrimoniales, pudiera decirse que subentra en ellos según los tuviera aquél, hasta pudiera afirmarse que en los últimos más bien pudiera configurársele como una especie de legatario general.

Hay que reconocer que todo esto es complejo, y por lo mismo sólo con ciertas reservas podemos hablar de una sucesión *in universum ius* del difunto.

En una palabra, la unificación de la posición del heredero en cuanto sucesión universal no es sino una resultante, más o menos ficticia, de la sucesión en las relaciones singulares. Pero su cualidad, síntesis de titularidades y funciones, aun cuando no llega a

ser un *status* (como varios han afirmado). mucho menos es una cosa ni un derecho, no susceptible de posesión e imposible de *usucapio*. De ahí su extracomercialidad (R. de 21 agosto 1925).

No es correcto, pues, hablar—como suele hacer la mayoría de la doctrina—de que la adquisición de los bienes por sucesión tiene lugar a título derivativo, toda vez que la herencia—en expresión de STOLFI y según las ideas precedentes—, en definitiva, como causa de una adquisición, no es un título parejo a los demás, sino la expresión de la fusión de la titularidad del causante y del causahabiente, de modo que no constituye más que una sola, y que el heredero puede considerar como su *auctor*, no al *decurus*, sino a la persona de quien éste adquirió a título particular.

También, pese a la normal ausencia de un correspectivo, es incorrecto calificar la sucesión *mortis causa* como a título gratuito. Todavía en materia de legados su asimilación a las donaciones permitiría la aplicación de ciertas reglas de los actos a título gratuito. pero lo expuesto anteriormente sobre la identidad entre causante y heredero, priva de todo sentido a la dicotomía onerosidad-gratuidad, pues en virtud de esta identificación el heredero habría de resultar donatario de sí mismo.

Pero entonces, ¿puede hablarse de sucesión a título particular, cuya es la locución que emplea nuestro artículo 660 del C. c.?

Sólo cuando el legatario recibe directamente desde el patrimonio del causante los bienes legados, es cuando aquella locución es admisible. Tal el caso del legado *per vindicationem* del Derecho romano, y el de cosa cierta y determinada del artículo 882 C. c. Y hasta hay legados que no suponen sucesión de clase alguna. Tal el llamado de liberación (art. 870) y el de reconocimiento de deuda.

¿Quid el caso de usufructo de herencia? Nuestro Código (artículos 508 y 510) lo organiza como atribución a título particular. Pero si bien nos fijamos, el usufructuario de una herencia tiene, al igual que el legatario de parte alicuota, características que le aproximan al sucesor universal en algunos extremos. Y aparte de que así sea por voluntad del testador por vía del artículo 1.056, con referencia al caso concreto de la institución de una persona en el usufructo, y de otra u otras en plena propiedad, a partir del fallecimiento del primer instituido, sin hacer mención de quién sea el titular de la nuda propiedad, GONZÁLEZ PALOMINO ha demostrado que si

el causante no ha instituido heredero en ésta, es porque en realidad tampoco ha instituido heredero en el usufructo: sus efectos son los de la sustitución fideicomisaria.

¿Y el usufructo con facultad de disponer? Para LACRUZ BERDEJO—siguiendo a ERDMAN—, si la facultad de disponer es plena, debe asimilarse a la sustitución fideicomisaria de residuo, y, en otro caso, a una sustitución fideicomisaria con posibilidad de disponer en determinados supuestos. Por nuestra parte, nos ratificamos en lo que con motivo de la Resolución de 8 de febrero de 1950, páginas 683 y siguientes de igual año, expusimos en esta REVISTA, pues aunque sean muchas las afinidades entre uno y otro—usufructo *iure haereditario* y fideicomiso de residuo—, como afirma OSSORIO MORALES, mientras el segundo es un heredero, el instituido en usufructo, aunque lo sea respecto a la totalidad de la herencia, sólo tiene la posición jurídica de legatario. En igual sentido, Roca y la expresada Resolución.

Con cuanto va dicho se cruza el supuesto de la pluralidad de masas herenciales, que de tan diverso punto de vista contemplaron los derechos de raíz romana y germánica, respectivamente, reflejados en mayor o menor intensidad, en nuestros derechos forales. Pero hemos de considerar que obstáculos dogmáticos, nacidos precisamente de un concepto determinado de la sucesión universal, no son bastante para justificar una incompatibilidad entre la sucesión troncal y la sucesión *in universum ius*, pues los mismos autores germanistas conciben al heredero de masa plural por virtud de su título único, que absorbe relaciones jurídicas que forman un todo coherente.

En orden a la debatidísima cuestión de *cómo* o *quién* ha de considerarse designado heredero o legatario, o teorías *subjetivas* u *objetivas* al respecto, LACRUZ BERDEJO expresa que en el artículo 768 C. c. hay que ver, antes que otra cosa, un intento de clasificar *presuntivamente* una designación como a título de heredero. O más claro: el artículo 768 funda una presunción favorable al legado, cuando lo que se deja es una cosa cierta, pero *simplemente una presunción*, cuya inexactitud puede demostrarse, ya probando que el testador quiso que el instituido contribuyera al pago de las deudas, o bien que atribuyó la cosa—que podrá ser incluso una suma de dinero—en calidad de cuota de su patrimonio,

y como partición ordenada por él, o que pensó que la cosa constituía la totalidad de sus bienes, etc.

Contra esta posición—avalada por los más modernos civilistas, OSSORIO MORALES y VALLET DE GOYTISOLO, por no citar más—, las palabras del maestro CASTÁN—defensor de la teoría objetiva—, son harto elocuentes: «Apenas hace falta que puntualicemos que el juego del elemento intencional en el Código español, no puede amparar la llamada institución en cosa cierta, contra la regla del artículo 768, que la lleva al recinto de los legados. Es verdad—añade—que va cundiendo entre nuestros civilistas, influidos por la orientación subjetiva, la opinión de que dicho artículo no constituye, *ius cogens*, sino una mera norma interpretativa (presunción *iuris tantum*). Mas no hallamos ninguna razón para dejar de estimar preceptiva la aludida regla».

¿Y no confirman las palabras del insigne maestro lo que el admirado LACRUZ añade al explicar la especialidad de la institución *ex re certa*, de serle en todo aplicable a la misma el artículo 882 del C. c., aunque por ser heredero «acaso» (lo que demuestra la misma inseguridad de su postura) adquirirá la posesión civilísima de la misma, tan característica de la posición indubitable de heredero?

De lo expuesto es fácilmente deducible que para LACRUZ BERDEJO, sin necesidad de acudir a argumentos históricos o de texto extra—Código civil—, es perfectamente configurable en éste el llamado «legado parciario» o de parte alicuota. Para quienes entendemos—escribe—que el Código Civil sigue prevalentemente el llamado *criterio subjetivo* no cabe duda de que el testador es dueño de llamar como legatario a una persona o a la totalidad incluso, o, en todo caso, en una parte de sus bienes.

A lo que apostillamos nosotros que, esto sentado, son perfectamente explicables las palabras de la tan debatida Resolución de 30 de junio de 1956, cuando para justificar el nombramiento de un legatario de tal especie como contador-partidor de una herencia, expresó: «Hecha su caracterización—del legatario de parte alicuota—huyendo de todo *criterio objetivo*, atendida la voluntad del causante expresada en su testamento, no hay razón para aplicarle ciertas incompatibilidades establecidas para el heredero, entre ellas la del artículo 1.057 del C. c., que impide a éste ser contador».

(Véase esta Resolución en «R. C. D. I.», págs. 243 y sigs., y nota adicional a la misma, en págs. 407, todas del año 1957. Y, sin embargo, ¡qué de polémicas, qué «de rasgarse vestiduras» provocó esta Resolución, que está más que justificada por ese criterio *subjetivista* que actualmente prima!)

Hay supuestos dudosos de sucesión universal o particular; por ejemplo, se atribuyen a una persona todos los bienes muebles y a otra todos los inmuebles, o se instituye a la primera en los bienes adquiridos antes de tal fecha y a la segunda en los adquiridos después. Discutida la cuestión en la doctrina italiana, para el profesor LACRUZ, en estas categorías que agotan todos los posibles bienes, hay que considerar en nuestro Derecho la institución como de heredero. ¿Y no nos lleva esto—preguntamos una vez más—al criterio *objetivo* de nuestra sistemática? Como en la institución de *remanente*, que tan difícil, por más que se quiera, vemos de considerar como de legado, al abarcar todo lo no cubierto por mandas prevalentes. Por cierto que creemos no tiene razón el Profesor LACRUZ al decir que califica mal la Dirección (Rs. de 23-VIII-1923 y 29-XI-1956) tal fórmula notarial de instituir, al tildarla de incorrecta, pues precisamente por seguir un *concepto económico de la herencia*, para ella—la Dirección—, que sigue el criterio *subjetivista*, dicha fórmula no puede estar bien empleada.

Pero si nos apartamos de conceptos, vemos que cuando el Código se refiere a la *herencia*, acaso con una terminología no muy precisa, suele hacerlo en sentido *objetivo*, o sea mirando el conjunto de bienes del causante: así, en las reglas relativas al beneficio de inventario y a la partición, pues el mismo pasivo lo considera no como una parte de la herencia, sino como un gravamen (cfr. art. 1.023), habla de las deudas y demás cargas de la herencia, o el 1.085, que trata del coheredero que ha pagado más de lo que le corresponde a su participación en la herencia, etc...

¿Y no sería—nos preguntamos—más diáfano volver al sentido de los romanos, que distinguieron junto a la *hereditas* en sentido *objetivo*, o sea el patrimonio del testador transmitido al heredero, y la *hereditas* en sentido *subjetivo*, es decir, el *heredem esse*?

De tanto elaborar y distinguir conceptos es por lo que con grafismo ha podido llegar VALLET DE GOYTISOLO a denominar «posibili-

dad de herencia sin herederos» a la innovación de nuestro C. c.—siguiendo el proyecto de 1882—del artículo 891.

Sin duda que en el supuesto no podrá negarse a los acreedores la protección, tanto del artículo 1.083 como del 1.026. Ambos han sido formulados en su interés, como dice LACRUZ, y éste es el mismo, sea quien quiera, a los que vayan los bienes.

Pero, ¿ha de entenderse la herencia en administración? No parece que sin más pueda aplicarse el artículo 966 de la LEC, pero sí que los acreedores puedan oponerse a que se lleve a efecto la disgregación del caudal relicto.

Y dentro del límite de responsabilidad limitada de los legatarios, cada acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de ellos, sin que esté obligado a dividir su acción entre los mismos en relación a los bienes que reciban, cosa difícil y molesta, a la cual no se los puede obligar, porque sería agravar su posición.

Presupuesta la herencia, ¿a quién se destina o la absorbe? Derecho personalísimo del llamado, tras su adquisición—por una suerte de *status*—se transforma en causa o título por el cual el heredero tiene las cosas singulares. Por ello, el artículo 659, según el cual: «La herencia comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte», está dirigido a establecer que en el momento que un derecho, cosa u obligación, persiste al fallecimiento de un titular, forzosamente ha de formar parte de la posición derivada en que ingresa el heredero. O sea todas las posiciones heredables deben ser heredadas. Pero, ¿qué posiciones pueden ser objeto de transmisión *moris causa*?

El Código da una regla demasiado amplia y la jurisprudencia apenas se ha ocupado de ello (véase S. 11-XI-1943).

Materia difusa, en la que no podríamos puntualizar según quisiéramos, nos remitimos, por ejemplo, a los artículos 1.112, 1.161, 1.595, etc., C. c.

En cuanto al arrendamiento, tanto rústico como urbano, ¿la continuación del arrendamiento al fallecimiento del titular es un derecho sucesorio?

Categoricamente contesta en sentido contrario la S. 2 de marzo de 1959, diciendo se trata de un *beneficio* sucesorio concedido a favor de determinadas personas por razones de interés social, o sea—como dice con exactitud el profesor LACRUZ—: la posición del

arrendatario no forma parte del caudal relicto, ni pasa al heredero: es objeto de una particular *mortis causa capio*, sin relación con la herencia, de modo que ni será objeto de reunión ficticia a efecto de la legitima, ni se contará en la formación de las cuotas de los coherederos, ni responderá del pago de las deudas, etc.

¿Quid de la *oferta* contractual? Debatidísima la cuestión, entendemos—siguiendo al citado LACRUZ—que por encima de todo hemos de considerar que la *oferta* ha creado una *expectativa* que, como todas, ha de considerarse transmisible.

Clara esta transmisibilidad para ciertos derechos llamados de *caracterización jurídica*—retraer en la venta con pacto de retro, pedir la nulidad de un contrato—, a veces por su contenido puede la transmisión ser dudosa: hacer una declaración de elección en la prestación, por ejemplo.

Sin formar parte del caudal relicto, hay ciertos derechos de aspecto moral que pertenecen al heredero, así el derecho de autor en cuanto se refiere a velar por la integridad de la obra, su atribución al autor, como lo referente a cartas y recuerdos familiares y hasta el sepelio (véase art. 1.894-2.º C. c.).

Y desvinculado del fenómeno sucesorio—aunque parezca ha de formar parte de la herencia—, es de recordar el artículo 428 del Código de Comercio, en que la indemnización del seguro en caso de fallecimiento no debe considerarse como una adquisición del asegurado transmitida al beneficiario, sino como una adquisición directa de éste. Sin embargo, esta concepción no está plenamente admitida, pues algún autor, como ESPINAR, dice que si la designación se hace a favor de los herederos en cuanto tales, el capital del seguro es un crédito de la herencia, y habrá lugar a la colación y a la reducción de disposiciones inoficiosas. No parece esto lo ortodoxo, pues las que serían objeto de colación, imputación, etc., serán las *primas*, pagadas tan solo.

* * *

Pero, ¿cuándo y cómo se adquiere la herencia?

De los cuatro momentos del fenómeno sucesorio: Apertura, Vocación, Delación y Adquisición; que viene señalando la doctrina,

la divergencia más radical se halla en los dos últimos periodos, o sea la *delación* y la *adquisición*.

Es lo que se ha llamado, con simplificación acaso inexacta, sistemas *germánico* y *romano*. (En el primitivo Derecho romano, los partícipes en la comunidad doméstica recibían la herencia como una confirmación de la titularidad que ya ostentaban respecto de los bienes, lo mismo que sucede en la comunidad familiar germánica). Pero prescindiendo de estos remotos antecedentes, es lo cierto que en el primer sistema, o sea el llamado germánico, la persona llamada a suceder adquiere sólo por el hecho de la delación, mientras que en el romano, para esta adquisición se precisa la aceptación por el llamado. Hay aquí un juego de conceptos, pues mientras en el sistema germánico, al no estar obligado a aceptar aquél, su declaración de aceptar tendría una función meramente negativa, la repudiación que hiciere al servir para destruir lo adquirido *ipso iure* del causante, entraña una función positiva, lo que no puede acontecer en el sistema romano, en donde precisa, según se ha dicho, la aceptación o la repudiación para atenerse a la volición del heredero llamado.

Hay, pues, en este segundo sistema un lapso de tiempo en que puede no haber sucesor, sino meramente un sujeto llamado a serlo: la herencia se halla *yacente*.

En nuestra patria, hasta que el profesor don GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS planteó el problema, se aceptó sin discusión el sistema llamado *romano*, que también hoy sigue la mayor parte de la doctrina, siquiera por nuestra parte hemos de resaltar que los argumentos contra el artículo 661 C. c. (clarísimo exponente del criterio germanista de nuestro Código) no han sido convincentemente rebatidos por sus adversarios. Podría pensarse—escribe LACRUZ BERDEJO—que dicho precepto se limita a señalar, de una parte, cómo toda la energía del fenómeno sucesorio radica en el momento inicial de la muerte del causante, de tal modo, que entonces se produce la vocación de todos los llamados, sean de primer orden o ulteriores, y, de otra parte, cómo, merced al efecto retroactivo de la aceptación, las relaciones jurídicas del causante no quedan vacantes en momento alguno.

... Pero hemos de reconocer—con el mismo LACRUZ—que se trata

de una interpretación forzada que choca absolutamente con la literalidad del precepto.

Con esto se enlaza la adquisición de la posesión de los bienes hereditarios, pues en el Derecho romano, si bien el heredero sucedía en la *condicio usucapiendi* del causante y continuaba la usucapición iniciada por él, no heredaba la *possessio ad interdicta*. O sea que para gozar de la defensa interdictal, había de comenzar una nueva posesión.

En los sistemas germánicos la conocida máxima, *le mort saisit le vif*, parecía significar que el heredero podía inmiscuirse en la posesión de las cosas hereditarias sin cumplir ninguna formalidad (véase art. 965 Código civil italiano 1865).

En España, las Partidas se remiten al sistema romano, mientras la Ley 45 de Toro acepta la institución de la *saisine*, y con ello la posesión civilísima que cristaliza en el artículo 440 C. c.

Pero, ¿significa posesión en este sentido *señorio efectivo*, o sea sin necesidad por el heredero de acto de aprehensión. Para Roca la posesión *como hecho* es intransmisible.

Las mismas palabras del artículo 440 «se entienda» transmitida (la posesión), lo confirma. Para LACRUZ esas palabras significan que lo que se transmite al heredero es la superestructura jurídica de la tenencia ajena. A la tenencia material se refiere el artículo 1.015.

Pero en esta confusa cuestión, acaso—como observa CÍCU—haya que observar que la posesión no forma parte del activo ni del pasivo del patrimonio hereditario..., aunque en la realidad y por virtud de la misma legitima al heredero para interponer los interdictos que a su causante competían, y pasivamente para ser demandado como poseedor.

Pero si hemos afirmado antes que en el fenómeno sucesorio la divergencia más radical se centraba en el binomio delación-adquisición, no quiere decir ello que sea cuestión pacífica la discriminación de los otros momentos: apertura-vocación, y sobre todo el de éste con el de delación. Hoy podríamos igualar la apertura con la muerte, por bien que aquellos casos de muerte civil se hallan periclitados, y dentro de la muerte la de la persona individual, pues la extinción de las jurídicas, si en esa su sucesión universal que representan, podría parangonarse en ocasiones con la *mortis cau-*

sa, en último extremo se resuelven en liquidaciones patrimoniales concretamente.

Pero vocación y delación no se perfilan tan diáfananamente: la primera supone el llamamiento de un sujeto viviente a la herencia; puede ser un llamamiento actual o virtual; a un heredero de primer grado o a otros, para el caso de no suceder el primeramente llamado. La delación parece suponer un paso más: ya hay una persona determinada y existente llamada a la herencia, que puede o no aceptar; es su característica (en el sistema romano). Lo que sí podríamos afirmar es que la vocación es simultánea (con la muerte-apertura), mientras la delación, por su propia esencia —con la Ley—, es sucesiva.

Y sin duda es cierto que ambos fenómenos crean una situación jurídica originaria, compleja, personalísima y adquirida *ipso jure*, pues nace *ex novo*, compuesta de derechos y obligaciones, insusceptible al tráfico y se produce inevitablemente, aunque se puede repudiar.

Concretándonos al *ius delationis*, ¿es una simple *facultas adquirendi* o un a modo de derecho de caracterización jurídica o, más sencillamente, un derecho subjetivo? Esto último parece ser lo más acorde con nuestro Código (art. 1.006).

Su duración, que se hallaba establecida en el proyecto del 51, pues no habiendo tercero que instase para aceptar o renunciar la herencia, prescribía por el mismo tiempo que las otras acciones reales (art. 835), hay quien quiere verla confirmada en el artículo 1.016 *in fine* del vigente.

Sin embargo, como señala agudamente LACRUZ BERDEJO, el supuesto que examinamos, de prescripción, no de la acción de petición de herencia, sino de la facultad de aceptar por uno que no es todavía heredero, parece escapar al tenor del artículo 1.016.

Por ello—escribe—es preferible opinar, con ALBALADEJO, que, disponiendo el artículo 1.030-2.º que se extingan por prescripción los derechos y acciones de cualquier clase que sean, y no marcando la Ley plazo especial para el *ius delationis*, parece por el de quince años (art. 1.964), que deberán contarse desde la apertura, en el caso de que el llamado pueda aceptar inmediatamente, o desde el momento en que—según el artículo 991—pueda hacerlo o, alternativamente, pueda interpelar al heredero de grado superior para que

acepte o repudie, conforme al artículo 1.005. Para LACRUZ, en suma, el transcurso de quince años sin hacer uso de este derecho previo, extingue, sin más, la vocación hereditaria subordinada. ¿Y no podríamos entonces decir, con CÍCU, que es un caso de verdadera caducidad?

La jurisprudencia no ha entrado en el análisis de tan sutil materia, desviando siempre sus soluciones hacia la acción de petición de herencia.

Hemos afirmado antes que la vocación, o su característica, mejor, es la de ser simultánea, por lo que—y en contra del sistema romano—en el Derecho moderno puede hablarse de *vocaciones eventuales*, en el cual todos aquellos cuya relación con el causante supone una expectativa más o menos lejana de llegar a ser sus herederos, testamentarios o abintestato, son llamados en el momento mismo de la muerte, como lo prueba el hecho que desde ese momento pueden transmitir su vocación hereditaria eventual. Los llamados *in eventum* enlazan con el causante merced al artificio del efecto retroactivo de la repudiación de la herencia; podría decirse que la vocación del llamado de segundo grado es, sencillamente, una vocación sin delación, y no una vocación condicional, pues aquella repudiación del primer llamado para que el segundo entre o reciba la herencia, es simplemente una *condicio iuris*.

Pero, ¿podría deducirse la posibilidad de que el segundo llamado acepte antes de la delación? Así pareció admitirlo GARCÍA GOYENA (art. 823 del proyecto del 51, igual al 991 actual C. c.). Esto sin duda supone un caso de *vocación retardada*, implícita a primera vista, en todo llamamiento condicional (condición propia) y que dá a la vocación una fisonomía distinta de la singular de las vocaciones simultáneas, que se manifiesta en su intransmisibilidad (art. 759). En ese respecto, sí que puede hablarse de vocación retardada, pues, aun en cuanto tal vocación, no adquiere su ordinaria eficacia (transmisibilidad) en el momento de fallecer el causante.

Pero así como, en principio, la vocación es simultánea para todos los herederos, la delación, es decir, la oferta de la herencia y la consiguiente posibilidad de aceptarla, es sucesiva. Esto no implica el poder de adquirir actualmente: de aquí los casos de *delación* o simplemente *adquisición retardada*, pues tanto en los casos de institución hereditaria a término, como en la sustitución fi-

deicomisaria, la delación en favor de los segundos herederos tiene lugar al fallecer el causante, pudiendo desde entonces aceptar aquéllos la herencia, aunque la adquisición del caudal sobrevenga más tarde.

La vocación, y con mayor razón el *ius delationis*, son transmisibles a los herederos (art. 1.006 C. c.). Pero no a los ulteriores del causante, sino a los propios del llamado como una parte de la herencia de éste; sólo a través de la herencia del mismo llegan a los transmisarios. Estos reciben el derecho a aceptar la herencia, pero la Ley no puede hacer que sean llamados, puesto que el primer causante no ha pensado en ellos ni nombrado en su testamento. Por ello, el destinatario de una vocación no puede atribuirle aisladamente a uno de los herederos o dividirla a su arbitrio. El paso es automático. No cabe otra interpretación del precepto. Por consecuencia, los favorecidos no pueden optar por aceptar la herencia del primer causante y repudiar la propia del transmitente, puesto que el *ius delationis* es un valor patrimonial insito en ésta, y la aceptación ha de ser total (art. 990). Pueden hacer, en cambio, lo inverso. En todo caso, no es preciso que el transmisario exista y tenga capacidad al fallecer el primer causante ni aun para heredarle. Tampoco el transmisario colacionará la donación recibida del causante originario.

¿Cuál es el fundamento de la Vocación? Como sabemos, consiste o en un determinado parentesco o en una declaración de voluntad, es decir, ésta o la Ley, que el Derecho romano incompatibilizó con su célebre máxima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

En nuestro Derecho, con la Ley 1.^a, título 19 del Ordenamiento de Alcalá, aunque dirigida a eliminar la necesidad de institución de heredero para la validez de las ordenaciones M. C., hizo pensar a los autores clásicos que, a la vez, derogaba la regla *nemo pro parte*, y al hacerse común este pensamiento en el siglo pasado, fué recogido por el Código civil en los artículos 658, 764, 912 y 986. Pero al haber que un heredero sea llamado por distintas vocaciones, el problema se centra, no en la atribución por dos distintos títulos (art. 1.009), sino en la independencia de los llamamientos, que propiamente no contempla dicho artículo. A pesar de la indivisibilidad absoluta de la situación de heredero a efectos de la

aceptación, que no impide que el heredero pueda renunciar el legado, se debe pensar en la posibilidad de tal admisión.

No se aplicará el citado artículo 1.009 a la sustitución de un fundamento de vocación devenida ineficaz por otro eficaz: caso en que la herencia, deferida por testamento, se defiere luego por la Ley, al anularse aquél (MANRESA).

Cuestión distinta es que aparezca un testamento en que se asigne la misma porción al que ya la ha aceptado abintestato. MANRESA niega que no variando el contenido, pueda repudiarse lo que antes se aceptó.

En cuanto a la superioridad de los fundamentos de vocación, de cara al Derecho positivo español, no cabe duda la prevalencia de la sucesión voluntaria sobre la intestada.

Mas como junto a los dos fundamentos de vocación, el testamento y, a falta del mismo, la Ley, surge un elemento: *las legítimas*, que puede alterar, e incluso hacer desaparecer, los llamamientos de aquellas vocaciones, puede deducirse si no será ese *llamamiento* algo así como otra vocación a tercera forma de sucesión.

Para LACRUZ BERDEJO sólo cuando no se hubiere dejado al legítimo toda la legítima, pero sin existir preterición, por no haberle olvidado el causante en su testamento, es decir, cuando éste ha sido instituido insuficientemente, entonces sí que se produce una suerte de sucesión, que al no ser abintestato, puede estimarse como una nueva vocación.

Pero la vocación puede fallar, sea *ab origine* (por ejemplo, premorencia), sea después de la apertura de la sucesión (en cuyo caso se considera con efecto retroactivo como inexistente). Pero aun inexistente, el elemento objetivo de esta vocación fallida sirve para que la Ley determine el contenido de la vocación efectiva.

Surge entonces lo que se denomina «vocación indirecta», que varía en intensidad según los distintos supuestos. Se deroga, por decirlo así, la regla de la delación hereditaria abintestato de que el pariente más próximo excluye al más remoto, que es la que viene a consagrar, si bien con escasa precisión, el artículo 924 C. c., llamándole con impropiedad de concepto—como señaló el profesor ROYO MARTÍNEZ—*derecho de representación*, y que tiene un doble fundamento objetivo, según el maestro CASTÁN, tanto de orden humanitario como familiar, diferenciándose del *ius transmissionis* en

que en éste la persona intermedia llega a heredar, y no se puede aceptar la herencia del primer causante, sino a través de la aceptación de la del segundo, el cual tendrá que ser capaz de suceder; mientras que el *representante* sucede directamente al *de cuius*, aunque haya renunciado a la herencia de la persona intermedia, o sea incapaz o indigno con relación a ella; además, para que se dé la representación, se requiere la premoriencia al causante (salvo el art. 929) de la persona intermedia, y, al contrario, la transmisión supone la supervivencia de ésta.

Procedente del Derecho romano (el germánico se mostró refractario al instituto) llega, como hemos dicho, al Código, para los casos de premoriencia y su equivalente de conmoriencia (art. 33) indignidad o (por lo que se refiere a la legítima) desheredación, es decir por razones independientes de voluntad (art. 929), a cuyos supuestos hay que añadir el de ausencia (art. 190).

El único caso en que no es posible la representación es en el de repudiación (art. 923).

En cuanto a sus presupuestos, véanse artículos 925 y 927. Y como con ingenio señala LACRUZ, del citado artículo 923 se desprende que el derecho de representación existe aun en los casos de estirpe única. Presupone la legitimidad. Tratándose de hijos adoptivos, como el artículo 179 establece que, por ministerio de la Ley, el adoptado y, *por representación*, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, éste será su límite de la representación.

De lo expuesto se deduce que la llamada «representación» es una institución propia de la sucesión intestada. Principios de justicia indujeron a la doctrina a imponerla también cuando el causante hubiera dispuesto de sus bienes, particularmente si el mismo es pariente en línea recta, a la vez, del instituido y de sus hijos, en cuyos términos, precisamente, ha sido acogida la representación en la sucesión testada por el C. c. italiano de 1942.

Pero los redactores del nuestro no intentaron vencer la inercia de la regulación histórica, y de ahí la polémica suscitada—tan conocida—sobre si cabe la representación fuera del abintestato.

Modernamente, DE LA CÁMARA, entendiendo que no cabe tal representación en la sucesión testada, expresa que pueden conseguirse sus efectos viendo en favor de los descendientes ulteriores no el

derecho de representación, impropio de la sucesión testamentaria, pero si una sustitución vulgar tácita y ello por razones de analogía, integrando de tal suerte una disposición testamentaria deficiente, pues el mismo Código tiene preceptos que responden a tal sistema interpretativo, como es el artículo 770.

LACRUZ BERDEJO, en estudio profundo de los artículos 761 y 857, y especialmente en el supuesto de premoriencia, a través del artículo 766 y sus antecedentes del proyecto del 51, escribe: «que cualquier heredero instituido en testamento, si fallece dejando descendientes, no les *transmiten ningún derecho a los bienes* asignados a él por el causante; pero de la interpretación *a contrario* de los artículos 766 y 929; del artículo 807 en relación con el 924. y hasta de la consideración de que los hijos del premuerto no van a ser de peor condición que los del desheredado o el indigno, se deriva que representan a su padre en la *condición de legitimarios*.

Tras esta afirmación fácil es presumir su criterio contrario a la solución que viene sustentando el Tribunal Supremo, concretada en su sentencia de 6-XII-1952, que vale—dice—para los casos de desheredación e indignidad, pero no para los de premoriencia, en los cuales hay representación en la condición de legitimario, pero no en la disposición en si, por lo cual nos hallamos en el caso de preterición del artículo 814, con la consiguiente nulidad de la institución.

Consecuencia de esta solución es que, instituidos los hijos por partes iguales, y premoriendo uno de ellos, no se repartiría—como pretende MANRESA—toda la parte de libre disposición entre los sobrevivientes, y sólo los otros dos tercios entre los sobrevivientes y la estirpe del premuerto, sino que los preteridos participarán por igual en la herencia, de acuerdo con la más probable voluntad del causante. Si alguno de los otros hijos está mejorado, la mejora persiste, ya que no sufre los efectos de la preterición (art. 814). y si el mejorado es el hijo premuerto, la mejora se incorpora a la legítima estricta. No hay, pues, representación en la mejora, por la misma razón que no la hay en la legítima estricta: la representación—insiste—es únicamente en la cualidad de legitimario, y no en el *quantum*, que es voluntario y representa una asignación de cuota o de bienes concretos.

Veremos si tan valiente solución es acogida por nuestro más

alto Tribunal y por la Dirección de los Registros, cuyo criterio aparece reflejado últimamente en la Resolución de 14 de agosto de 1959 y que puede verse en las páginas 798 y siguientes de igual año de esta REVISTA.

Pero junto a la vocación aislada o *pro parte*, en que la cuota no adquirida por el destinatario se ofrece a los herederos abintestato, se halla la *solidaria*, testamentaria, en la cual por voluntad del causante cada uno de un grupo de llamados lo está, eventualmente, a la totalidad de lo que al grupo corresponde. Esta vocación solidaria o acrecimiento surge, pues, para la moderna doctrina originariamente, y, como decimos, de una manera eventual: el heredero acepta, en suma, no una cuota concreta, sino la parte que puede corresponderle. Por ello, con más precisión, puede decirse que, mejor que una vocación eventual, se trata del contenido eventual de una vocación cierta.

Hasta época reciente el fundamento del derecho de acrecer se basaba en una presunción de voluntad del disponente. Una corriente importante pretende hoy basarlo en la simple vocación solidaria, que atribuye a cada llamado una vocación cabal—o potencial, mejor—a toda la herencia o el legado. Y como una variante de esta tesis está la que aproxima el fenómeno del acrecimiento al de la expansión del derecho del comunero.

Para LACRUZ es de rigor mantenerse en la teoría voluntarista clásica aunque acaso—siguiendo a VALLET—mejor que de presunción de voluntad, cabe hablar de valoración legal del llamamiento hecho por el testador, a virtud de los términos en que ha sido formulado.

Los artículos 982 y 983 C. c. sientan los presupuestos para que surja el fenómeno del acrecimiento en la sucesión testada y que—como sabemos—se prestan a diversas interpretaciones.

Para nosotros—según MUCIUS SCAEVOLE y CASTÁN—aquellas frases numéricas, que equivalen a *por partes iguales*, deben interpretarse de la misma manera, prescindiendo de la innecesaria mención del número, mientras que la asignación de partes alícuotas desiguales excluye el acrecimiento. Además, como con su gran ductilidad y buen tino apostilla LACRUZ, sería contrario a la lógica el que la mención innecesaria de un número, que no puede obedecer a ningún designio especial en la mente del testador, sirvie-

ra para eliminar una conjunción que realmente existe. Pretender establecer diferencia en la cláusula en que un testador deja la mitad de sus bienes a Juan y la mitad a Pedro y aquella en que deja herederos a Pedro y Juan por mitad, es llevar las cosas a un formulismo sin contenido. El Código ha venido, al introducir el precepto—983—, que no figuraba en el proyecto del 51, a ampliar el derecho de acrecer a supuestos que en realidad no estaban incluidos en la frase «sin especial designación de partes». Y acaso por ello no figura el artículo 779 en la regulación del acrecimiento y sí en la sustitución vulgar: allí no serviría nunca, pues la institución no es compatible con cuotas diferentes; aquí opera en fracciones distintas, por no haber acrecimiento precisamente, pues de haberlo la sustitución sobraria. Este parece ser también el criterio de la jurisprudencia.

Aunque el Código no lo diga, puede defenderse que el acrecimiento tendrá lugar preferente entre los llamados del grupo, y en defecto de éstos acrecerá a los demás instituidos conjuntamente (véase artículo 265-2.º, Compilación catalana, que lo sanciona).

Habrà designación de partes—en consecuencia—cuando la institución sea en partes alicuotas desiguales.

¿Es forzoso el acrecimiento? Nada dice el Código, contrariamente al proyecto del 51 que lo imponía, y por ello la doctrina clásica entiende que la porción que acrece puede repudiarse independientemente de la propia cuota.

La doctrina moderna se inclina, en cambio, por la solidaridad del llamamiento, o sea por la imperatividad de su función.

Para LACRUZ, en principio, también es forzoso; pero sí lo acrecido tiene cargas—impuestas a su heredero—, no es de presumir que las acepte. Otra cosa sería si los gravámenes pesan homogéneamente sobre todos los bienes. Se juega aquí—a nuestro juicio—con los arts. 890—sección de legados—y 990, y nos inclinamos más a la solución clásica, y precisamente, argumento *a contrario*, porque el Código no siguió, como pudo muy bien hacerlo, a su precedente del proyecto del 51. Piénsese, además, como señala el mismo LACRUZ, que una parte de la herencia acaso ha sido percibida ya, mientras luego se ofrece otra en diferentes condiciones.

El artículo 987 admite también el acrecimiento en el usufructo: Pero hay otro tipo de acrecimiento, regulado en el artículo 521, a

cuyo supuesto, según LACRUZ, es discutible hasta qué punto pueden serle aplicables las normas del acrecimiento (véase sobre esto la Resolución de 1. de diciembre 1960, págs. 683 y sigs., año 1961, esta REVISTA).

¿Quid del acrecimiento en las sucesiones legales? El punto más interesante es si existe en la mejora. Desde DE DIEGO, GONZÁLEZ PALOMINO después y ahora LACRUZ, lo admiten sin género de duda. La jurisprudencia se muestra reacia a ello, y es que siempre habrá que tener en cuenta que la mejora es personal, individualísima, que veda interpretaciones.

* * *

Entrando en lo referente a la Delación, es presupuesto subjetivo de la misma el de la llamada capacidad para suceder, que de una manera genérica admite el artículo 744 del Código para todas las personas, físicas como jurídicas, aunque para éstas dedica otro precepto especial—el 746—, que si no era indispensable, después del artículo 38, su inclusión desvanece toda duda respecto a la capacidad para suceder en las llamadas «manos muertas», que les había sido negada o limitada por la anterior legislación desamortizadora.

En cuanto a las personas físicas, el problema se centra (y también, como más adelante veremos, en cierto aspecto respecto a las jurídicas) en la llamada coexistencia de causante y heredero para que éste suceda a aquél.

Y comparando los artículos 33 y 766, veremos que éste no es del todo exacto, pues no basta con no morir antes que el causante: es preciso sobrevivirle, pues tal es el sentido del primero. En relación o en la misma línea de éstos, el artículo 190, cuya pugna con la letra del 195 es bien conocida, debe resolverse en favor de aquél, pues como expresó la sentencia de 9-II-1935, «sus derechos sólo podrán hacerse efectivos por los herederos del ausente, probando que éste viviera al tiempo de fallecer el causante».

Pero, ¿la existencia del causahabiente a la muerte del causante es del todo precisa? Nos enfrentamos con el problema del *concepturus*, que—y con referencia al art. 758 C. c.—un ilustre Notario, DÍEZ PASTOR, como sabemos, expresó no había sido bien en-

tendido, pues *capacidad*—art. 758—e *inexistencia*—art. 745, para la criatura abortiva, que ya es un ente corporal—se contradicen. Para Díez PASTOR no es vehículo indispensable para instituir al *concepturus* la sustitución fideicomisaria, que se limita a poner freno al testador, de suerte que, sin el artículo 781, se autorizarían las vinculaciones perpetuas. Piénsese—dice—que el primer instituido repudia la herencia; el llamamiento a los no concebidos subsiste como una institución condicional cualquiera.

Para LACRUZ BERDEJO este argumento, que Díez PASTOR tomó de POTHIER, para el cual, en la donación hecha a los hijos nacidos y a los por nacer, los nacereros «se reputan llamados por vía de fideicomiso, en una porción viril de las cosas donadas», el fiduciario es pieza indispensable en tanto no existe el fideicomisario, y no lo es cuando existe, porque la sustitución vulgar va implícita en el fideicomiso. El *concepturus*—como dijo GONZÁLEZ PALOMINO—no es que sea incapaz, es que no es persona, y en la institución condicional se atenderá, además, al tiempo en que se cumpla la condición, lo que requiere que se examine la capacidad del sucesor en el momento de la muerte (art. 657). Díez PASTOR, replicando a este fuerte argumento de GONZÁLEZ PALOMINO, dice que el destinatario de una disposición en favor de persona futura, cuando ésta surte efecto, es siempre un ente real capaz de adquirir; cuando no surte efecto, la herencia se halla yacente, en administración, sin titular actual... Lo que en realidad—habida cuenta aquel artículo 657—no es convincente.

También ROCA Y ALCÁNTARA, en cierto modo, sustentan la tesis de Díez PASTOR, al decir que la regla no es precisamente de coexistencia de causante y heredero, sino de existencia de heredero en el momento de la delación y no antes. Pero esto—como dice muy bien LACRUZ—es convertir en condición de futuro un requisito que ha de concurrir de presente. Y en ningún lugar del Código se dice que la existencia del heredero se requiere sólo en el momento de la delación (por el contrario, véase 758-3.º).

Parece, pues, no existir otro vehículo para instituir al *concepturus* que la sustitución fideicomisaria.

Pero, ¿cabrá, se pregunta LACRUZ, la solución—a ejemplo del Derecho alemán—de construir una sustitución a fin de mantener la validez de la institución del no concebido, siempre que pueda de-

ducirse la intención de hacerlo de las determinaciones del causante?

Para él no se oponen a ello los artículos 783 y 785 del Código, ya que al exigir que los llamamientos sean expresos, sólo intentar defender los derechos del primer instituido de toda limitación no explícita y clara. Sinceramente, no creemos pueda prosperar tan original construcción, precisamente por lo que dicen esos artículos y los antes citados y la peligrosidad de las interpretaciones testamentarias que, en rigor, nacen nulas *ab origine*.

La Dirección—véase R. 22-III-1939—es terminante al respecto: no hay otro vehículo para instituir al *concepiurus* que la institución fideicomisaria. Cabe—Rs. 23-VII-1924, 31-I-1931 y S. 12-XI-1934—asimilar la sustitución fideicomisaria a los legados. La tesis—decimos con LACRUZ—es defendible relativamente para los legados que no sean de cosa cierta, o sea cuando el legatario sucede totalmente al heredero.

En cambio, para el *nasciturus* su derecho a suceder es indiscutible, pues hay llamamiento para el mismo, sólo afectado con una *condicio iuris* de efectivo nacimiento y vitalidad (art. 30 C. c.). En realidad, no hay delación, sino vocación condicional.

Y, como apuntamos más arriba, también el problema de la coexistencia se relaciona con las personas jurídicas, al ser creadas éstas en el testamento en que se les instituye. Hoy está superado por la solución afirmativa.

Nuestro Código civil, junto a las incapacidades absolutas para suceder, incluye la indignidad, como también incluye las incapacidades relativas, no obstante sus diferencias, particularmente porque mientras la indignidad se aplica a cualquier clase de sucesión (art. 914), las incapacidades relativas son propias de la testamentaria. Las causas de la primera son reguladas en el artículo 756 (como en el 713, para LACRUZ, que debía figurar a continuación de aquél), discutiéndose si la indignidad lleva consigo la privación de la legítima a cuya afirmativa nos conduce, no tanto el fundamento de la indignidad, sino el texto del artículo 761-1.º, puesto que no es éste un caso de representación en la sucesión testada, sino en la legítima estricta, como más atrás hemos dicho. Y es que los hijos del indigno no pueden tener el mismo trato de favor que los de un legitimario premuerto. Una objeción, sin embargo, pre-

senta a esto el propio LACRUZ: el artículo 929 establece el derecho de representación en los casos de indignidad y desheredación, con lo cual pueden suceder abintestato, en lugar de su padre, los hijos del hermano indigno. Y si los sobrinos suceden en la total porción que a su padre correspondía, ¿como limitar la de los nietos a la porción legítima? Cuestión verdaderamente dudosa, que pudiera resolverse con los criterios que expone LACRUZ.

Al indigno se le puede rehabilitar y entendemos que para ello basta la capacidad natural—catorce años—para testar.

En cuanto a las incapacidades relativas, el Código conserva únicamente aquellas fundadas en la incompatibilidad moral entre la función ejercitada por una persona o la participación que en el testamento tiene por razón de su cargo u oficio, y su condición de instituido (véase artículos 752 a 754), debiéndose hacer constar que el tiempo para calificarlas ha de hacerse al tiempo de testar, no al de la muerte del causante.

Como antes señalamos, el Código civil, con técnica defectuosa, ha reunido en un solo capítulo todas las «incapacidades», sometiéndolas a un mismo régimen. Y si las llamadas incapacidades absolutas escapan a él porque son casos de inexistencia de sucesor, las relativas se hallan equiparadas en principio a la *indignidad*—véase S. 11 febrero 1946—, por más que nuestros civilistas (así, ROCA SASTRE) resalten sus diferencias.

* * *

En tema de aceptación y repudiación de herencias, cabe preguntarse sobre la validez del poder para aceptar o repudiar cualquiera herencias que recaigan en una persona, pues aunque la Ley no declara acto personalísimo la aceptación o repudiación, sin embargo es discutible si, dada la personalidad de la cualidad de heredero, puede ser ésta atribuida o negada al interesado—salvo los casos de representación legal—por voluntad de tercera persona, y sin asumirla o rechazarla él expresamente (véase también artículo 988). Además, el Código resuelve conflictos de intereses semejantes (testamento, matrimonio), prohibiendo la representación. Pero al no haber previsto el texto legal la personalidad en la aceptación o repudiación de la herencia, parece permitir el mandato. Así, Ró-

ca. Con todo, el artículo 996 se limita a predeterminar un medio de aceptar una herencia concreta.

Desde luego estos actos han de emanar de una voluntad seria y plena (arts. 988 y 997). Les afectan, pues, los vicios de la voluntad (véase también art. 996).

La aceptación es pura o simple o a beneficio de inventario. La pura, expresa o tácita. En cuanto a la expresa o hecha en documento público o privado (art. 999), ¿será válida la manifestada en una carta? De la S. de 24-XII-1909, se desprende que no.

En cuanto a la tácita en su forma alternativa según el artículo 999 C. c. ha sido aceptada, —contrariamente a cierta doctrina francesa que la unifica—por nuestro más alto Tribunal (S. 26-IV-1955).

¿Qué actos suponen aceptación tácita? De una manera genérica, podría decirse que los que tienen significado patrimonial. Dilucidar si un acto supone o no aceptación tácita, ¿es cuestión de hecho o de derecho, y, por tanto, discutible en casación? La sentencia 13-II-1951 se inclina por la primera solución. Para LACRUZ sería mejor fundada la segunda.

Hay otra clase de aceptación: la del artículo 1.000, por cesión del *ius delationis*, consecuencia de la imposibilidad de tráfico del *ius adeundi* (y a la vez su comprobación).

Señala con acierto LACRUZ que no es fácil entender por qué debe producir el mismo efecto la renuncia onerosa hecha en favor de todos los coherederos indistintamente. Esto no ocurría en Derecho romano, pues el precio en realidad es una compensación al acto de repudiar.

Y plantean un problema particular aquellas renunciaciones que, en su conjunto, hacen recaer la cuestión en la persona que la recibiría conforme a las reglas generales de la delación hereditaria, pero que, aisladamente consideradas, no pueden estimarse como renuncia pura. Por ejemplo, cada sucesor repudia en provecho de un solo heredero, lo que equivale a la repudiación pura y colectiva de todos. Hay que entender que en presencia de todas las repudiaciones el problema debe resolverse como si la repudiación fuere unitaria.

El artículo 1.002 conforma una aceptación *ex lege*, a manera de pena civil, sin perjuicio de la señalada por el Código penal, al delito que el hecho constituye (art. 535 C. p.).

La aceptación a beneficio de inventario, ¿es una tercera forma de aceptación, o sea a más de la expresa y la tácita? Con precisión—y en ello estamos conforme—escribe LACRUZ, «que sólo se trata de una cualificación de los efectos de la adición».

Y si bien tal aceptación beneficiaria puede hacerse ante Notario o por escrito ante cualquiera de los jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaria o abintestato (artículo 1.011), se cuestiona por la doctrina respecto a si el *inventario* ha de ser redactado judicialmente o bien cabe también otorgarse ante Notario, o incluso en escrito privado.

Nos parecen muy atinadas las razones de LACRUZ BERDEJO, según el cual pueden distinguirse dos supuestos: el del artículo 1.011 y el del 1.014. Cuando el heredero tiene en su poder los bienes de la herencia no tiene opción. A este caso ha de asimilarse el de la *interpellatio*, a que se refiere el artículo 1.015. Fuera de estos preceptos, no parece haber en el Código civil inconveniente para que se declare ante Notario o ante el juez la aceptación beneficiaria sin impedir a la vez la formación del inventario y la convocatoria a los acreedores o legatarios. Esta convocatoria y consiguiente inventario pueden hacerse luego extrajudicialmente. Aunque no fuera ésta la intención del legislador, no pueden negarse sus ventajas.

Plantea problemas a la aceptación—habiendo varios coherederos—de unos puramente y otros con beneficio de inventario (véase art. 1.007), y existe una particular forma de ser otorgado el beneficio, la del artículo 1.021, suscitándose por último si deben interpretarse las causas de decadencia de los artículos 1.018 y 1.024, como renuncia tácita; es decir, si el beneficio de inventario es renunciable por el favorecido. Como el deber de administrar y liquidar del heredero beneficiario más semeja una carga, en nuestro Código, que una verdadera obligación, parece se ha creado una situación de intereses que no podría modificarse por decisión unilateral. El Código entonces encomienda la defensa de los acreedores del caudal relicto, a los procedimientos de testamentaria y abintestato, la anotación preventiva del legatario, y en casos a la tercería de mejor derecho.

En cuanto a la repudiación de la herencia, es, propiamente dicho, una renuncia y, por tanto—adelantemos—, negocio extraño a

los conceptos de onerosidad y gratuidad; siendo sus características semejantes a las de la aceptación: acto libre e inequívoco.

Del contexto del artículo 1.008 nace la discusión en cuanto a la forma de llevarlo a cabo, singularmente sobre si las palabras «instrumento público o auténtico» entrañan un sólo significado: la forma notarial en el sentido de *ad probationem* y no *ad solennitatem* (así, ROCA). Otros—BORRELL, siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA—, «autenticidad de un documento es la coincidencia de su autor aparente con el real; una vez reconocido legalmente o tenido por el juez como auténtico el documento privado prueba contra su autor y sus causahabientes exactamente con la misma fuerza que la escritura pública». En este sentido se pronuncia la sentencia de 11 de junio de 1955.

Para LACRUZ, acaso sea ésta la solución que mejor combina los encontrados intereses en torno a la repudiación. Pero si el documento privado—decimos nosotros—a la menor objeción sólo el juez puede darlo por *auténtico*, nos encontramos que será la repudiación en tal forma una variante más del citado artículo 1.008, ó, mejor, una matización de su segunda parte, por lo que, en suma, consideramos más conforme al precepto la opinión de ROCA.

La repudiación de legados no está sometida al art. 1.008.

El artículo 1.001 contempla un caso que pudiera decirse de repudiación y aceptación especial, pero que si bien nos fijamos es producto sólo de impropiedad de lenguaje, pues el repudiante no se transforma en heredero por la aceptación de los acreedores, ni éstos son tales, sino concurrentes a una fase de liquidación de un caudal.

¿El llamado derecho de deliberar es incompatible con el beneficio de inventario? Entendemos que no, y como además la aceptación beneficiaria tiene todas las ventajas de aquél, y las formalidades son idénticas en ambas, es lógico que apenas se haga uso de tal derecho.

En cuanto a los plazos para aceptar o repudiar, así como para limitar la responsabilidad mediante el beneficio de inventario, forma nuestro Código un sistema de extrema complejidad, que probablemente escapa a la intención de sus autores. Para LACRUZ BERDEJO, la causa está en la novedad de los artículos 1.014 a 1.016, que

al ser escritos precipitadamente son ejemplares perfectos del peor estilo legislativo. A ellos y a sus concordantes 1.004, 1.005, 1.017 y 1.019, hay que referirse al respecto, distinguiendo fundamentalmente tres posibles situaciones del llamado: a) Tiene en su poder bienes relictos, b) es interpelado, c) no se da ninguna circunstancia, todo lo cual plantea cuestiones que razones de espacio nos obliga a pasar por alto.

En cambio queremos detenernos un tanto más de lo acostumbrado de cuanto venimos tratando en lo referente a la capacidad para aceptar o repudiar.

El principio general—artículo 992—es que se precisa para ello la *libre disposición* de bienes. En tal sentido—y primeramente—, ¿pueden hacerlo los emancipados? Por la afirmativa, la mayoría de la doctrina invocando las Resoluciones de 4-XI-1896, 7-I-1907, 28-V-1957 y S. 7-VI-1922. Pero como advierte LACRUZ BERDEJO, los artículos 59 y 317 C. c., interpretados con arreglo a su finalidad, no parecen dar base suficiente para permitir la aceptación pura y simple (ni la repudiación, que, equivaliendo a renuncia, es acto de disposición). Lo que sin duda podrá el emancipado es aceptar a beneficio de inventario, ya que el gravamen de administrar la herencia es de lo que puede asumir, conforme a dicho artículo 317, y dado que tal aceptación no la hace responsable de las deudas.

¿*Quid* en cuanto al titular de la patria potestad? Sobradamente conocida es la resistencia que sostuvieron siempre los Registradores a admitir la repudiación, sin más, de herencia de menores por sus padres, cuyas notas fueron rechazadas por la Dirección por diversas razones, entre ellas, la más conceptual y abstracta de sus últimas decisiones, Resoluciones de 25-XI-1942, 25-VII-1943 y 25-VI-1946, «de ser la repudiación una no aceptación de la oferta o llamamiento legal, más que la renuncia de un derecho ya adquirido» (¿no podría decirse, mejor, que no se dejó adquirir?), y cuya doctrina ha sido consagrada por el artículo 178-2.º del Reglamento Hipotecario vigente.

Pues bien, aquí también LACRUZ BERDEJO, y con base en antecedentes históricos dignos de consideración, expresa que no se ve por qué el silencio (bastante relativo) del Código civil en materia de patria potestad haya de suplirse con una autorización ilimitada al padre o madre que la ostenta. Alegar que una repudiación es

distinta de una enajenación, desplaza el problema, pues de lo que se trata aquí es de saber, no si son iguales, sino si la repudiación (o la *aceptación pura*), por sus consecuencias prácticas, deben recibir el mismo trato que las enajenaciones de inmuebles o las transacciones superiores a 2.000 pesetas, y el aplicar el régimen de la enajenación de inmuebles a la aceptación de la herencia no coloca al titular de la patria potestad en situación diferente de la del tutor, sino que establece un régimen uniforme para cada uno de estos representantes legales, como también que el procedimiento del artículo 164 del Código civil es perfectamente adaptable a la aceptación de la herencia.

De todos modos, es bien conocido que si hay intereses opuestos entre el padre y el hijo, hay que nombrar a éste, para aceptar la herencia, un defensor judicial, conforme al artículo 165, a menos que el titular de la patria potestad renuncie a sus derechos a la herencia. Mas este concepto de incompatibilidad hay que soportarlo debidamente; por ejemplo, si el padre es heredero con derecho de acrecer.

Por lo que se refiere a los mayores incapacitados, la regla general es el artículo 992. Así, para los interdictos. Para los pródigos serán de examinar las facultades de que se les ha privado (art. 221 C. c.). Y para los quebrados y concursados, entendemos con LACRUZ que podrán aceptar por sí con beneficio de inventario, por la misma razón que pueden aceptar donaciones; pero para aceptar pura y simplemente o repudiar, precisarán autorización de los syndicos por cuanto de ello puede seguirse daño a su patrimonio, del cual ya no puede disponer.

Sobre la herencia dejada a los pobres hay quien sostiene (CASTÁN) que es un caso de aceptación *ex lege*, y hasta, como ALBALADEJO, que se adquiere *ipso iure*. Opinión—según LACRUZ—discutible, pues el artículo 992 no prohíbe repudiar, y desde luego, esa transmisión *ipso iure* no puede ordenarla el causante.

Para las personas jurídicas y establecimientos públicos, véanse artículos 993 y 994.

En cuanto a la mujer casada, si acepta pura y simplemente, con licencia del marido, entiende la jurisprudencia que la responsabilidad se extiende, no sólo a los bienes heredados y a los suyos propios, sino también a los gananciales. ¿Y si lo hace con

autorización judicial? Al salvar el Código de responsabilidad (véase artículo 995) sólo los bienes *ya existentes* en el matrimonio, se introduce la duda si responderán cuantos después advengan, incluso del marido. No es de suponer que el legislador quisiera ordenar semejante dislate.

¿Qué sucederá cuando un incapaz acepta contra las prescripciones del Código? Parece que habrá de someterse a las normas sobre nulidad de los contratos, siempre que concurra un consentimiento natural. En este sentido, la sentencia de 21 de junio de 1956, «en cuanto al requisito de la licencia marital o de la autoridad judicial para aceptar la herencia», su falta no haría nula la aceptación llevada a efecto por la actora, sino anulable, y, por tanto, surtirá ésta sus efectos hasta que se declare tal nulidad, lo cual sólo puede hacerse en virtud de reclamación que formulen las personas a quienes expresa y limitativamente faculta el artículo 65 del Código civil. Y entonces, preguntamos, ¿podrán inscribirse particiones sin aquel requisito en cuanto a la aceptación, otorgadas por mujer casada, de conformidad, además, con lo que dispone el artículo 94 del vigente Reglamento Hipotecario? Parece debe optarse por la afirmativa al hablar dicho artículo reglamentario de «actos y contratos», pero haciéndose constar en el asiento la posible anulación.

* * *

Vamos a abordar uno de los puntos que más disparidad de criterios—y con ello de orientación—ha producido en nuestra civilística: el de la comunidad hereditaria. Como sabemos, el Código civil no dedica normas específicas a su regulación, aunque sí a su disolución, es decir, la división de la herencia. Fuera, por tanto, aquellas disposiciones imperativas, como lo que al respecto hubiera dispuesto el causante, habrá que recurrir para regularla a las disposiciones contenidas en el título de la división de herencia que pudieran serle aplicables y a las contenidas en el 3.º del Libro II, en lo que fueron compatibles, con ser la hereditaria una comunidad universal.

Apoyándose en estos preceptos, pretende CHAMORRO que nuestro Derecho desconoce «la comunidad sobre una pluralidad de dere-

chos u objetos, como se desprende del artículo 392 del Código civil, que sienta como único objeto posible de la comunidad *una cosa o un derecho*», por lo cual, «en la herencia indivisa hay tantas comunidades de bienes como cosas y Derechos reales haya en ella, y tantos créditos y obligaciones *mancomunadas* como obligaciones individuales existan».

«La única especialidad de las comunidades hereditarias—que no las aleja del tipo romano o legal, ya que el citado artículo 392 deja paso a las disposiciones especiales—, es la restricción que para el comunero implica la ausencia de la facultad de disponer (no de contratación, sino de enajenación presente) de su derecho en cada comunidad, que no podrá ser enajenada, cedida o hipotecada antes de la partición, pues los derechos de los coherederos pudieran ser perjudicados por la disposición hecha por uno de ellos de su parte alicuota, sin haber pagado lo que le correspondiese en las deudas y legados del causante».

Esta original construcción ha sido muy combatida, porque la inalienabilidad, aparte lo que dice el mismo autor, es imposible aun consintiéndola los demás partícipes (salvo en acto de partición); por lo que preceptúa el artículo 1.084 del Código civil (argumento de GARCÍA VALDECASAS), y el 1.082; además, porque si hubiera tantas comunidades como objetos, como dice LACRUZ, los acreedores de cada heredero podrían embargar las cuotas indivisas que les correspondieran en determinados bienes singulares, como pueden hacerlo con los propios bienes—no habiendo separación—si el heredero es único; finalmente, por la letra del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 83 de su Reglamento.

Pero esta comunidad entre coherederos, más conocida por «derecho hereditario *in abstracto*», del que tanto se ha discutido si es o no distinto de la cualidad de heredero, y que, según LACRUZ, si reparamos en que la participación del coheredero en el caudal relicto es susceptible de tráfico, y puede conferirse igualmente a un legatario (piénsese, decimos nosotros, en el de parte alicuota), es decir, que de una parte no tiene que sobrevenir necesariamente por título de heredero, y, de otra parte, puede independizarse de él, acaso no esté bien enfocada o concatenada con tal derecho hereditario del que pudiera decirse que es el menos *hereditario* de todos los derechos.

En los años veinte y bajo la influencia del maestro don JERÓNIMO GONZÁLEZ, la Dirección de los Registros precisó admirablemente su pensamiento en cuanto a la estructura de la comunidad hereditaria. Es ésta una comunidad universal (idéntica estructura, como advierte LACRUZ, tiene la aragonesa continuada, la sociedad o asociación en liquidación, y, sobre todo la comunidad conyugal en liquidación, en la cual el derecho del cónyuge sobreviviente recibe un tratamiento muy parecido al de la indivisión hereditaria), que resulta forzosamente de la pluralidad de herederos, y en la que no competen a tales sucesores porciones determinadas de los bienes concretos.

Y es que cuando la titularidad de un derecho compete en común a varios sujetos, experimenta un cambio. Surge una pluralidad de esferas jurídicas de sus componentes, que no coexisten autónomamente, sino que se presuponen, se relacionan y mutuamente se limitan. Por ejemplo, aquel señorío de disposición del propietario único, ahora lo tienen todos en común. No se puede decir que cada uno tiene una parte alicuota de esa facultad, sino un derecho de concurrencia para formar la voluntad común. Otra cosa sucede con el uso, administración, etc.

Si la comunidad versa sobre una masa patrimonial, cada derecho les pertenece directamente, pero habida cuenta la interdependencia que media entre todos los objetos pertenecientes al caudal.

La participación en la totalidad—un décimo o una mitad—no es índice de la que se tiene en cada objeto relicto, si bien todos recomponen la totalidad de la masa originaria. Como expresa FERRANDIS. «sin llegar a crear un objeto único para ese derecho (el del coheredero sobre el patrimonio hereditario), la Ley otorga las facultades que corresponderían a un objeto único».

Como con menos conceptualismo—confesamos nosotros—ha expresado el Tribunal Supremo—sentencia 6 mayo 1958—, describiendo la naturaleza de esta cuota en una comunidad universal, que el asiento registral publica el derecho hereditario «en su propia naturaleza, o sea como cuota de un patrimonio del cual la finca o derecho inscrito es uno de tantos elementos integrantes», y aclara, en cuanto a la enajenación de los derechos que corresponden a un coheredero en la herencia, que no se transmiten en realidad

fincas, aunque las haya en el caudal, sino derechos sucesorios que competen al enajenante en una determinada herencia.

En una palabra, constituyen el objeto de esta comunidad hereditaria todos los bienes y derechos relictos por el causante no legados especialmente, a la que integrarán cuantos aumentos experimente *ab intra* (accesión continua y discreta), así como las subrogaciones a que haya lugar por ejercicio de derechos pertenecientes a la misma, indemnizaciones por pérdidas o deterioros, dinero procedentes de ventas, etc. Y todo ello destinado, en principio, a la satisfacción de deudas y cargas de la herencia, aun cuando los comuneros no sean deudores de las mismas (legatarios de parte alicuota, adquirentes de participación por título singular).

Como sabemos, la Ley Hipotecaria llama *Derecho hereditario* al global de cada partícipe en un caudal relicto. Y aunque no sea propio de este lugar adentrarnos en el funcionamiento o mecánica registral del mismo, si diremos, por aludir LACRUZ BERDEJO a ello, que parece coincidir con VILLARES PICO en la opinión que éste sustenta que cuando se pide la inscripción de todos los coherederos sobre fincas o derechos de la herencia, expresando la proporción en que cada uno es heredero, el asiento que procede es la *inscripción*, pues para LACRUZ entonces no es el llamado *derecho hereditario* lo que irá al Registro, o sea la titularidad global de cuota, sino la titularidad en *mano común*, sobre la finca (o derecho) de todos los coherederos, y, por consiguiente, la legitimación para disponer de ello conjuntamente.

La primera objeción que parece podría oponerse a esto es si realmente caben en nuestro sistema registral inscripciones de bienes en *mano común*. A lo cual podría contestarse afirmativamente, no tanto por razones que podríamos llamar de *hecho*, como esas que todo Registrador habrá encontrado en ciertos burgos o municipios rurales de inscripciones de fincas a favor de Comunidades vecinales, cuyo poder de disposición radica o en la unanimidad de todos los vecinos del pueblo o en la Junta Administrativa designada—a través de determinados Estatutos—por los que absolutamente—es decir, criterio idéntico de unanimidad— lo sean; sino actualmente—y esto es de mayor peso—en la barroca e inconcreta fórmula de la regla primera, *in fine*, del artículo 94 del

Reglamento hipotecario de bienes gananciales inscritos a nombre de «ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal», y cuyo poder dispositivo radica asimismo en ambos cónyuges conjuntamente (art. 1.413 C. c.).

Sin duda esto ha sido por obra (no meditada) de la reforma efectuada en dicho reglamento en 1959, pues con anterioridad siempre cuidó la Dirección de advertir que en las enajenaciones de finca ganancial efectuadas por el cónyuge superviviente y los herederos del fallecido, automáticamente se transformaba, sin reflejo registral y sin duda porque esa especial propiedad en *mano comun* no parecía ortodoxa, en comunidad romana, que es la regulada en conjunción plural de sujetos, por nuestro Derecho (puede consultarse, por todas, la Resolución de 17-IV-1956).

Ya sabemos que el maestro ROCA SASTRE admitió como medio de lograr el resultado que antes se conseguía con la inscripción del derecho hereditario, el de la escritura pública en que todos los herederos se adjudiquen *proindivisamente* todas y cada una de las fincas o Derechos reales integrantes de la herencia. Remedio que habiendo—escribe—deudas, legítimas, legados, colaciones y otras particularidades sucesorias, tiene graves peligros... Y es que falta la liquidación de una Comunidad a la que—confesemos—no se le ha dado hasta ahora el debido cauce registral.

Y que ello es así—y como acaso por lo mismo ingenuamente han venido a claudicar—lo confirma el aditamento últimamente efectuado a la segunda parte del párrafo segundo—*in fine*—del artificioso artículo 209 del repetido Reglamento hipotecario, al disponer que la anotación preventiva del derecho hereditario no se cancelará «cuando se haya solicitado expresamente por los interesados».

He aquí, pues, una *anotación* de parejos efectos, quierase o no, que una inscripción, con la paradoja de figurar en una sección destinada a cancelaciones y dirigida o contemplando una *transmisión* (¿y por qué no cualquier otro acto dispositivo, como dice LACRUZ?) que propiamente debe ser objeto del asiento primordial de inscripción cuya enemiga, por lo que respecta al derecho hereditario, siempre estuvo en la mente de los innovadores del Reglamento (y aun de la Ley) Hipotecario. Algo parecido como acon-

tece con la *posesión*, de lo que en alguna ocasión hemos de ocuparnos...

La satisfacción de deudas y cargas (fuera ya del presupuesto de Comunidad) incumbe, por otra parte, según ya se ha dicho, ilimitadamente al heredero que acepta pura y simplemente (cuando tal aceptación es tácita es verdadera trampa tendida al heredero ignorante», como acertadamente expresa SAVATIER) y corresponde a todo heredero, único o plural, y cualquiera que sea la cantidad de bienes en que suceda; lo cual niega GINOT, respecto al heredero parcialmente instituido o que recibe remanente no dispuesto en el testamento, o sea resultado de deducir deudas; y es que entonces—para este autor—tales herederos no son universales, sino adquirentes de bienes del testador, lo cual no resulta ni de los antecedentes históricos ni de la letra del Código, pues *herederos* son todos los llamados, sin discriminación, como opone con acierto LACRUZ.

Pero, ¿podrá evitar el causante la vinculación de los bienes del heredero puro? Dice MORAL Y LUNA que si a aquél se le consiente eludir la responsabilidad *ultra vires* por el procedimiento indirecto del artículo 891 (distribución de la herencia en legados), no se ve la razón para que no pueda hacerlo directamente. La cuestión es dudosa, aunque la Ley parece anteponer el interés de los acreedores a la voluntad del causante. No es convincente para nosotros este último razonamiento de LACRUZ, pues el mismo beneficio de inventario, sin más, no como el propio autor alega de institución de heredero con condición de aceptar con dicho beneficio, como procedimiento a utilizar para evitar la responsabilidad *ultra vires*, pero que en último término lo que haría al funcionar es privarle de su calidad de tal; la misma regulación del beneficio de inventario—repetimos—es argumento que enerva el que la Ley quiera proteger a los acreedores del causante aun a costa de los intereses del heredero.

¿*Quid* en cuanto a la responsabilidad por legados? Estos, como sabemos, no son verdaderas deudas, sino gravámenes que surgen a la muerte del testador, dispuestos por éste en beneficio de otras personas, y constituye una liberalidad.

La doctrina se divide. ROCA SASTRE se inclina por la negativa (véanse artículos 764 y 887, en pro de sus tesis). LACRUZ, siguiendo

la solución histórica—Derecho romano y Partidas y artículos 1.003, 1.023 y 858 C. c.—por la afirmativa o de la ilimitación de la responsabilidad que—alega—parecen confirmar las sentencias de 19-I-1911, 13-XI-1951 y 8-V-1957.

Sin embargo, ésto podrá ser cierto en cuanto no concurran legitimarios, pues si son herederos respecto a lo que afecte a su porción, aunque acepte, sin beneficio de inventario, los legados son ineficaces. No habrá lugar, pues, a la aplicación del artículo 1.023. Pero es que, además, agrega LACRUZ, cuando el legitimario pide que se declare la ineficacia de las disposiciones que infringen la legítima, lo hace, no como heredero, sino como pariente de expectativa sucesoria. Claro—decimos nosotros—que todo esto supondrá que no hay remanente después de la liquidación de legítimas.

¿Concurrirán en igual derecho para el cobro dada la confusión de patrimonios sobrevenida por la aceptación pura, los legatarios, acreedores del causante y acreedores particulares del heredero? Así lo entendió el Supremo en sentencia de 9-II-1901 y patrocina DE LA CÁMARA, apoyándose principalmente en el artículo 1.925 del Código civil. Pero contra esto, y aparte otros argumentos, está el primordial del artículo 1.911, que carecería de toda eficacia si la garantía del cumplimiento de las obligaciones pudiese cambiar arbitrariamente con la muerte del obligado. Observándose—además, como con gran acierto opone a CÁMARA, LACRUZ—que aquel artículo 1.925, no se redactó pensando en las deudas hereditarias y que es posterior al fundamental 1.911.

Estas dudas se evitarían si nuestro Código, al igual del proyecto de 1851 y siguiendo al Derecho romano, hubiese establecido el beneficio de Separación de patrimonios, que, según LACRUZ BERDEJO, no es que se rechazó, sino que por entender los legisladores del 88 que su contenido había pasado a la LEC, con cuyo juicio de testamentaria era posible obtener resultados parecidos, considerarían ociosa su regulación.

De todos modos hay que señalar que el beneficio de inventario protege de igual modo el interés del heredero y el de los acreedores de la herencia, aislándola y liquidándola con independencia de los acreedores del heredero (art. 1.034 C. c.), de modo que cualesquiera que sean las variaciones que experimenten los bienes relictos a causa de la confusión de patrimonios, se mantiene también inmu-

table la preferencia del heredero acreedor del *de cuius* frente a los otros acreedores. El beneficio de separación tiene parecidos efectos, si bien más limitados, pues solo favorece a los acreedores de la herencia y no evita las consecuencias de la confusión dañosa para el heredero.

Por lo demás, en esta cuestión de la responsabilidad del heredero, remitimos el que nos sugiere el núm. 392/393 de esta REVISTA, por ser tan reciente, y que completa lo que venimos exponiendo respecto al pensamiento del admirado LACRUZ.

El cual, y cuando de responsabilidad en caso de pluralidad de herederos se trata, comentando los artículos 1.082, 1.083 y 1.084 del Código civil, expresa con sumo acierto, disintiendo de la postura del Tribunal Supremo en multitud de sentencias—siquiera las de 24-XI-1915 y 20-XI-1929, sean contradictorias de aquéllas—«de que incluso antes de la partición, los coherederos responden como deudores solidarios por las deudas hereditarias», que esto va contra la *mens legis* y la *mens legislatoris*, sin resolver equitativamente un conflicto de interés.

Los preceptos son completamente claros—añade—, pues la situación anterior a la partición está regulada por el art. 1.082, la contemporánea por el 1.083 y la posterior por el 1.084.

La solidaridad de los coherederos en tema de deudas no se conforma con la obligación de pago de legados (art. 859), pues el apartado 2.º de éste no impone la solidaridad, que se aplica, en cambio, en la acción de regreso del coheredero que hubiese pagado más de lo que le correspondiese a su participación en la herencia, ya que a más de tener derecho a percibir los intereses del anticipo, la insolvencia de cualquier otro debe ser cumplida por los demás a prorrata.

Una excepción a esta regla general de solidaridad la constituye en nuestro Código el artículo 1.087, pues como interpretara GARCÍA GOYENA, si se considera al coheredero que es a su vez acreedor del causante, en este segundo supuesto desligado del primero, parece podrá reclamar de cualquiera de los sucesores universales el pago total de lo que reste de su crédito, deducida su parte proporcional, pero en su doble concepto de heredero y acreedor son mayores sus vínculos y miramientos hacia el difunto y sus coherederos, por lo que si reclama y alguno de éstos resulta insolvente, la parte de éste

recaerá sobre todos, incluso el coheredero acreedor, en la misma proporción.

Esta mancomunidad impuesta por el artículo 1.087—comenta LACRUZ—tiene como resultado la confusión parcial del crédito, que no es total en el caso de aceptación pura y simple, ni se evita totalmente en la beneficiaria.

Volviendo al artículo 1.084, escribe LACRUZ que en su segundo apartado hace referencia a la problemática de la adjudicación para pago de deudas (que se plantea unas veces por el mismo testador en algunas cláusulas testamentarias, y más frecuentemente en acto de partición), pues se trata de una asunción cumulativa de deuda con causa onerosa—la adquisición libre de los bienes adjudicados—que no libera a los deudores primitivos, pero que compromete al asumente.

Extravasaría nuestro propósito entrar en el examen de este complejo problema de la adjudicación para el pago de deudas que, a su vez, tantos en su redor, suscita: ¿puede pagar, por ejemplo, con fondos propios el adjudicante y retener los bienes adjudicados?, ¿o devolverlos y reclamar el reembolso?, ¿o enajenarlos, pagar y retener o no el sobrante? He aquí—muy en concreto—el debatidísimo asunto de la cuestión (adjudicación en o para pago en que también para nosotros con impropiedad, se ha querido resumir) y que, quizá, con sencillez y gran visión jurídica, perfilara LACAL, diciendo ser posibles cuando se hagan en favor de todos los coherederos, o a favor del destinado especialmente para ello por el testador.

Cuando la adjudicación para pago de deudas no supone asunción cumulativa de la mismas por parte del adjudicatario, sino mera obligación de hacerlas efectivas, contraída frente a los coherederos, junto con la potestad de enajenar los bienes adjudicados, nuestra Dirección la enfoca como un negocio fiduciario (véanse Rs. 17-X-1919, 14-VI-1922, 26-XII-1946 y últimamente la de 12-II-1958, a cuya notas sobre dicho negocio nos remitimos, páginas 712 a 722, igual año, de esta REVISTA).

Para LACRUZ BERDEJO, esta adjudicación, en cualquiera de sus modalidades, desde el momento que los bienes no se dividen, no pertenece a la partición. Pertenece a una fase de liquidación de la herencia, pero no a la divisoria, como lo demuestra el que pueda ser

atributaria persona ajena al grupo de herederos, y entonces sí que es evidente no ser acto de partición, ajeno, por tanto, al contador-partidor. Y, claro—y esto no puede ofrecer duda—no vincula a los acreedores, quienes pueden seguir reclamando sus deudas a cualquiera de los coherederos.

Esta adjudicación para pago de deudas es inscribible: artículo 2.º-3.º Ley Hipotecaria y en la propia adjudicación puede constituirse un Derecho real en favor de los acreedores (art. 172 R.H.), que se ajustará en sus visicitudes al régimen de la hipoteca constituida unilateralmente (ROCA).

Esto pone de manifiesto—contra el criterio anterior a 1909—que no existe garantía sobre los bienes adjudicados, pero entonces—al no constituirse expresamente la garantía real—los acreedores—ciertos acreedores—pueden recurrir a la anotación preventiva: artículo 45 Ley Hipotecaria, que para cierto sector de la doctrina es letra muerta y perjudicial a la finalidad que pretende servir, al dificultar la venta de las fincas adjudicadas durante los ciento ochenta días siguientes a la adjudicación. Nosotros no lo vemos así, pues da un plazo de oportunidad para anotar a los acreedores; lo que sí es difícil de precisar es su naturaleza jurídica, aunque—siguiendo a ROCA—parece deben catalogarse entre las de tipo *constitutivo*.

* * *

Por la partición se impide o pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas contenidas en la herencia; podría decirse—gráficamente (1) expresa SANCHO REBULLIDA—que tal negocio jurídico hace eficaz todo el derecho de sucesiones, como se desprende del artículo 1.068. Claro que no es la partición el único medio de poner fin a la comunidad hereditaria. Pero bien mirado esos otros medios de extinguirla, verbigracia acrecimiento o enajenación a un solo heredero, mejor que de partición o división se trata de *disolución*.

(1) Todo este capítulo referente a la partición, se halla redactado por el catedrático (y colaborador del señor LACRUZ) don FRANCISCO SANCHO REBULLIDA, según en carta particular nos dice, dicho señor LACRUZ, por lo que, siquiera en el libro no aparezca delimitado, nos complace, y, es de justicia, poner aquí de manifiesto.

Sobradamente conocida es la cuestión en cuanto a su naturaleza, lo mismo en cuanto a su forma o estructura que en cuanto a su esencia y eficacia. El primer aspecto no tiene solución única, pues si bien la partición verificada por el causante y el comisario parecen evidentemente negocio jurídico unilateral, la llevada a cabo por los herederos tiene todos los caracteres contractuales; los judiciales escapan, sin duda, a una y otra estructura, por su aspecto jurisdiccional.

En cuanto a su esencia la cuestión se debate en si su eficacia es traslativa o declarativa de derechos.

Para nosotros la primera tesis fundada en una especie de permuta o enajenación efectuada entre sí por los coherederos, que se basa en el anticipo de una adquisición duplicada por parte del heredero: del causante primero, y con sus coherentes después, no tiene consistencia. Y aunque nuestro Código no tenga un artículo como el 883 francés, al mismo equivale el 450—según señala Roca y confirma el 1.068—. En el mismo sentido los 440, 339 y 490 del Código civil y el número 12 del 164 del Reglamento Hipotecario entonces vigente (de 1915).

Una tercera posición—que ha hecho gran fortuna—es la de que la partición es *determinativa* o *especificativa* de derechos. Su autor—MARTÍN LÓPEZ—dice que la palabra *confiere* del artículo 1.068 no equivale a «transmite», pues si así fuera sería incompatible con los artículos 657, 661, 867 y 440. Debe interpretarse—tal artículo 1.068—«como *reconoce*... sobre bienes determinados».

No obstante lo expresado, SANCHO REBULLIDA entiende que puede verse en ella un doble aspecto: como acto complementario de la delación, cumple—complementándola—función traslativa. En otro sentido, como negocio jurídico que pone fin a la comunidad, su naturaleza *determinativa* parece evidente, como lo confirma—en su opinión—la sentencia de 5 de julio 1958, la que—a nuestro entender—lo que hace es corroborar el carácter declarativo del negocio, del que la *especificación* o *determinación* de bienes a cada heredero es el complemento, por no decir un juego ingenioso, de conceptos y palabras.

Que nuestro Código ve con poca simpatía la comunidad hereditaria, lo evidencia el artículo 1.051, que confiere al coheredero una simple facultad frente a los restantes comuneros; la cual po-

ará ejercitar en cualquier tiempo.—art. 1.052—, salvo que el testador lo prohíba o se hubiese pactado entre los coherederos la división (arts. 1.051 y 400). Pero, ¿puede imponerla indefinidamente el testador? MUCIUS SCAEVOLA la fija en veinte años, aplicando extensivamente el artículo 400-2.º Código civil. Otros autores sólo le conceden el de diez años, y SANCHO parece seguir este criterio, aunque todos los herederos podrán prorrogarlo por diez años.

La prohibición ha de ser expresa y efectuada en testamento, aunque una interpretación liberal nos llevase a la conclusión «de que, habiéndose otorgado testamento, la prohibición puede imponerse fuera del mismo».

En cuanto a la legitimación para solicitar la división, en el ejercicio de la acción *familiae erciscundae*, la tiene todo coheredero, tanto que lo sea en pleno dominio como usufructuario o nudo propietario, fiduciario o fideicomisario; el que enajenare su cuota y el cesionario y los herederos del heredero muerto (art. 1.055). También los legatarios de parte alicuota y herederos instituidos bajo condición resolutoria; pero no (art. 1.054) los instituidos bajo condición suspensiva. Pero como este caso se podrá practicar la partición provisionalmente, el interrogante surge sobre si esta provisionalidad es respecto a todos o afecta sólo al instituido con la condición suspensiva. Para SANCHO REBULLIDA, la opinión más fundada es esta última: la partición, en su conjunto—dice—sigue siendo provisional; aun cuando las adjudicaciones hechas a los herederos puros sean desde el primer momento definitivas. Así se deduce de los artículos 801 y sigs.

Estimamos que la solución más *práctica* sería, como estima SANCHO, la—para él más fundada. Pero mucho tememos que no fuere plenamente aceptada. Aparte la contradicción *in terminis* de *provisionalidad* en cuanto a la partición total y las adjudicaciones definitivas en la misma para determinados herederos (los puros), ¿no roza la cuestión indirectamente con el artículo 1.081, que el mismo SANCHO interpreta, contrariamente a MANRESA, siguiendo al proyecto del 82, de que debe ser declarada nula la partición, pues se atribuyen bienes a personas que fundadamente pudiera estimarse llegaría a ser heredero, por lo que el *intuitu personae* del artículo 1.266-2.º entra en juego?

Confesamos que acaso esté un tanto rebuscado y fuera de lu-

gar el argumento, pero con todo hemos de tener siempre presente las Resoluciones de 22-XII-1950, 2-III-1956 y 7-V-1960 (puede consultarse esta última—y en su nota referencia a las restantes—en esta REVISTA, año 1960, págs. 540 a 551).

También los acreedores están legitimados al efecto (véanse artículos 1.001, 1083 y, en relación, 1.111). Como el Código habla de libre disposición y administración, parece que el emancipado necesitará el consentimiento de su padre, madre o tutor. Nos parece, en verdad, excesivo. Y en cuanto a la mujer casada, el Código, en su artículo 1.053, sigue el mismo criterio, ya examinado, que en el 995 respecto a la aceptación o repudiación de la herencia.

Finalmente, si se prueba que hay interés opuesto entre los padres e hijos menores en que continúe o no el estado de indivisión, parece evidente el nombramiento previo de defensor judicial a éstos. Pero vemos difícil la prueba del supuesto.

Como dijimos, hay diversas formas de efectuar la partición de las que—siguiendo a SANCHO REBULLIDA—hay que excluir la llamada judicial, como ya se apuntó anteriormente, salvo cuando desemboca en el juicio ordinario correspondiente a su cuantía; la misma arbitral, que es más bien un negocio híbrido en sus diversas formas, y la—según el art. 831 C. c.—llevada a cabo por el cónyuge viudo, que para nuestro autor, si bien diferenciada dogmáticamente de la hecha por el testador—art. 1.075—se puede equiparar prácticamente a ella (luego será verdadera partición).

En cuanto a la partición hecha por el propio testador, su fundamento es el mismo que el de la facultad testamentaria. Pero surgen varios problemas en su torno que muy en síntesis vamos a abordar. Así, en lo que se puede enunciar como requisitos subjetivos, la afirmación de que, en el sistema vigente sólo el *causante que otorgue testamento* puede practicar la partición, es asunto debatidísimo. Contra la sentencia de 13-VI-1903, «de que sobre la base de una sucesión testamentaria legal, a cuyas reglas fundamentalés y llamamientos deberá acomodarse» (criterio compartido por DE BUEN y ROCA, y más aún, pero con una interpretación muy personal, dada su postura, de la admisión en nuestra sistemática de la *donación partage*, MARÍN LÁZARO), se alza la más reciente y luminosa de 6-III-1945, según la cual «la partición regida por el artículo 1.056 ha de tener su apoyo en un testamento

del que sea complemento, de tal modo, que habrá de entenderse que el acto de distribución no solemne (partición) recibe su fuerza y convalidación formal del acto de disposición solemne (testamento)». Este criterio lo comparten asimismo la mayoría de nuestros civilistas, desde los primeros comentadores del Código hasta los más recientes e ilustres, como ALBALADEJO, VALLET, LACRUZ, etc. Pero se propugna por una modificación que permita a todo causante distribuir la herencia conforme a la delación abintestato.

Por lo que respecta al ámbito objetivo parece que el testador sólo podrá partir *sus bienes*. No podrá hacerlo de los conyugales comunes (S. 12-XII-1959). Ni siquiera en su mitad. Para SANCHEZ—y compartimos su criterio—la afirmación es grave, pero insoslayable. Sin embargo, en su opinión, cree podría entrar en la división, como un *bien determinado*, la participación del cónyuge en la comunidad conyugal; mas, entiéndase bien, no participaciones indivisas en los bienes comunes, porque no existen. Pero—se nos ocurre—, ¿cómo se valoraría esa *participación como bien determinado*, y toda vez que el consorcio conyugal no expira hasta la muerte de uno de los consortes o el matrimonio se declare nulo? Claro, que se podría recurrir a una partición parcial (sancionada por el T. S. en 6-3-1945), pero todo ello, a nuestro juicio, desenfoca el problema.

Como el artículo 1.056 expresa que esta partición puede hacerse por acto entre vivos o por última voluntad, también se ha centrado la polémica en cuanto al alcance de tal partición *inter vivos* hecha por el testador.

Desde la tesis de la *contractualidad con eficacia inmediata e irrevocable*, que encuentra su formulación más acusada en MARÍN LÁZARO, al tratar de encajar, según dijimos, en el régimen jurídico español, la *donation-partage* del Derecho francés, hasta la de la *contractualidad con eficacia diferida y aisladamente irrevocable* (GONZÁLEZ ENRÍQUEZ), la que prima—sancionada por la citada S. 6-III-1945—es la de la *unilateralidad con eficacia diferida y directamente revocable*. Como dice muy bien SANCHEZ, la alusión a los actos *inter vivos*, en donde no hay base para entender que se refiere precisamente a los contratos, tiene sólo un alcance meramente negativo o residual: la partición puede hacerse en testamento o *fuera de testamento*, sin exigencia formal determinada,

con el límite del respeto a las legítimas de los herederos forzosos y sin que le sean aplicables los artículos 1.061 y 1.062.

Pero, ¿debe sujetarse al testamento o disentir de él? En otras palabras: ¿*quid* cuando la partición atribuya lotes cuyo valor no concuerda con las cuotas atribuidas? Incluso cabe pensar en la partición que distribuya los bienes entre distintas personas que los instituidos herederos o legatarios de parte alicuota.

Nos encontramos aquí ante dos interpretaciones inconciliables: la tradicional, según la cual la partición hecha por el testador no tiene más límite que el de las legítimas, que se apoya fundamentalmente en las palabras «se pasará por ella» del artículo 1.056, y la de ALBALADEJO—superando lo que ya iniciara SÁNCHEZ ROMÁN—, que entiende que, a más del respeto a las legítimas, la partición del testador debe respetar su propia disposición testamentaria, ya que, en otro caso, sería impugnabile, siempre que la lesión producida por la discordancia sea superior a la cuarta parte (art. 1.075, en su inciso *sea otra la voluntad del testador*).

Con suma ponderación manifiesta, SANCHO REBULLIDA, que el artículo 1.056 admite una interpretación plenamente congruente con el 1.075 (que para los mantenedores de la primera teoría supone una carencia de sentido). Su clave está en la consideración de la partición como negocio incompleto, anejo y complementario del testamento. Cuando haya discordancia entre partición y testamento, debida a una valoración irreal, subjetiva, del testador, no será impugnabile aun cuando la lesión exceda de la cuarta parte. Pero si la disconformidad de la partición respecto del testamento es un apartamiento de su esencia vocativa, por ejemplo partir entre distintos herederos que los instituidos como tales en dicho testamento (y para nosotros también—como indica ALBALADEJO—, instituyendo a Juan y Pedro por partes iguales, se atribuye, al partir, a uno de ellos, tres cuartas partes), semejante partición será impugnabile no por causa de lesión, al amparo del artículo 1.075, sino anulable al amparo del propio artículo 1.056—que habla del «testador»—y de la exigencia jurisprudencial de que la partición esté amparada por un testamento anterior o posterior. Y es que la partición debe respetar a aquél en su esencia, en los llamamientos y títulos de éstos, pues de lo contrario ocurriría que *no hay testamento, ni es válida*—por ello—la partición (véase S. 13-VI-1903).

También ha sido muy discutido el párrafo segundo del artículo 1.056, facultad que parece limitada al «padre-testador». Pero entonces, ¿le está vedada al ascendiente en beneficio de un descendiente ulterior? Para nosotros, con SANCHEZ REBULLIDA, debe resolverse la cuestión en base no del carácter de legitimario del descendiente, sino del *interés de la familia*, por lo que optamos por la solución de ser ello posible.

Y creemos, con FUENMAYOR, que el precepto se refiere al caso de que no haya numerario en la herencia. Se trata, como dice VALLET, de una legítima ordenada directamente en metálico, junto a una atribución particional sobre toda la explotación; pero el derecho *legal* del legitimario, al amparo del artículo 806 del Código civil, latente mientras no sea pagado como efecto del 1.056-2.º, renace, en caso de impago, armado con la propia *actio familiae es-circunde*. Así, mientras el legitimario no sea pagado, no podrá quedar perjudicado por la enajenación que el heredero hiciera de la explotación. Pero, ¿también frente al tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria? No creemos pueda llegarse a tanto, y tampoco que entrañe una hipoteca legal no regulada en la Ley especial.

Unas breves consideraciones sobre la partición del comisario se imponen. Sinónima su función al albacea, la distinción (que obliga la alusión del art. 894 C. c.) se halla en la prohibición del artículo 1.057, por el que no se puede nombrar comisario al heredero, lo que no es aplicable al cargo de albacea.

Por la proximidad de funciones se ha aplicado a la del comisario el concepto del mandato. Para SANCHEZ se trata de un cargo u oficio, que Díez PICAZO lo considera como de «arbitrador». Y es personalísimo, si bien puede estar desempeñado por una o varias personas. Ello suscita problemas. Así, si son mancomunados, cuando por renuncia u otra causa se rompa la mancomunidad, ¿quedará extinguido el organismo?, ¿pasará su función a los herederos? Será, ante todo, como dice SANCHEZ, problema de interpretación del testamento (véase R. 12-VII-1917, que opta por la subsistencia).

¿*Quid* en cuanto a la solidaridad? Si se hacen por los nombrados diversas particiones. ¿cuál valdrá?; ¿la primera que se protocolice?

La sentencia de 30-V-1914 expresó ser válida la realizada por cualquiera de ellos, «pero siempre que el otro nombrado no mani-

fieste oportunamente su deseo de intervenir». Desde luego, entre los *solidarios* nombrados imperará el régimen de mayorías y siempre ha de tenerse en cuenta la citada sentencia.

Ya dijimos que no pueden ser comisarios los herederos, y para la doctrina los legatarios de parte alicuota, lo cual, como en páginas atrás se expuso, respecto a los últimos se halla superado por la Dirección en Resolución de 30-VI-1956. El cónyuge viudo tampoco puede serlo. Para nosotros—siguiendo a MANRESA—si los hijos son comunes resulta esto excesivo. Así lo demuestra el artículo 831. Puede serlo el Notario autorizante del testamento.

Facultades: Escuetamente, como dice Roca, «contar y partir», y aunque se le faculte para interpretar el testamento, entendemos, como agudamente señala SANCHO, carece de aquellas que puedan ser correctoras de las disposiciones contra Ley otorgadas por el testador. Lo contrario equivaldría a una disposición *mortis causa* de herencia ajena. En contra, sin embargo, el Tribunal Supremo en sentencia 11-II-1952.

Se suscitan dudas en cuanto a determinados actos. Sin duda podrá realizar—ya lo expusimos—adjudicaciones para pago de deudas del causante hechas a favor de todos los herederos. Puede apreciar la colación. Y como el artículo 1.061 vincula al comisario, implicará, según SÁENZ DE SANTAMARÍA, enajenación, adjudicar bienes a un heredero con obligación de abonar diferencias en metálico. La jurisprudencia y la práctica han resuelto que puede procederse a la liquidación de la comunidad conyugal *con sólo la concurrencia del cónyuge viudo*. En rigor de doctrina, no es esto lo correcto, pues la liquidación de tal comunidad debería hacerse por el cónyuge viudo y la totalidad de los herederos del premuerto.

No puede liquidar y partir los bienes de los padres del testador que lo nombró (S. 25-I-1952), lo que, como dice SANCHO, no se comprende habiéndose admitido lo anterior. Y si es nombrado por los dos cónyuges, ¿puede liquidar por sí solo la sociedad conyugal y partir ambas herencias? Dividida la doctrina, creemos con SANCHO que si los herederos son los mismos y en igual proporción, podrá realizar la partición sin liquidar la comunidad conyugal. En cualquier otro supuesto, no debe ser legitimado el comisario para esta liquidación.

El carácter personalísimo del cargo y la naturaleza unilateral

del acto excluyen toda injerencia de los herederos. La Dirección ha llevado este principio hasta sus últimas consecuencias, lo que ha conducido a la doctrina a cuestionar de la eficacia de los pactos particionales de los coherederos al margen de la partición realizada por el comisario. Bien conocida es la reacción de GONZÁLEZ PALOMINO sobre el criterio de la Dirección. Pero—como advierte, y suscribimos su punto de vista, SANCHO—, aparte otros inconvenientes, si los herederos practicasen una partición distinta a la del comisario, al amparo más que del artículo 1.058, del 1.255 Código civil, podrían encontrarse, a efectos fiscales, con dos transmisiones: la hereditaria, por la posible partición de aquél, y la del negocio jurídico *inter vivos* y oneroso, practicado por ellos.

Claro es que de *lege ferenda* convendría modificar el sistema, anteponiendo la unánime voluntad de los herederos, salvo cuando *expresamente* el testador impusiera la del comisario por él nombrado. Pero si bien nos fijamos, ¿qué otra cosa puede pretender un testador al nombrar comisario?

Naturalmente, los herederos podrán ejercitar las acciones de nulidad, rescisión por lesión, saneamiento, etc. ¿Y el juicio de testamentaria? Parece que la prohibición sólo afecta a los herederos voluntarios y legatarios de parte alicuota. Si nada dice el testador, igual procedería, a juicio de SANCHO, durante la actuación, dentro del plazo, del comisario.

En cuanto al *modus operandi*, no tiene otra cortapisa el mismo que la del párrafo segundo *in fine* del artículo 1.057 La citación para el inventario—habiendo menores o sujetos a tutela—se acredita con cualquier medio y, a efectos de inscripción, basta con la afirmación del comisario.

Sobre el nombramiento de defensor judicial al menor cuando sus representantes son también herederos, RUIZ ARTACHO recuerda la fórmula de don JERÓNIMO GONZÁLEZ entre «conurrencia» y «oposición de intereses», pues siendo lo primero no se precisa.

Finalmente, por lo que respecta al plazo para cumplir su cometido el Comisario, sobradamente conocida es la nueva orientación de la Dirección—Rs. 12-IV-1951 y 3-II-1959—cargando a los herederos la prueba del conocimiento de su nombramiento por el comisario a la muerte del causante, y que, a los seis días de nada haber dicho, se presumé la aceptación del cargo; en una palabra

—R: citada de 1959—, que se considera hecha dentro del plazo legal cuando los herederos no acreditan haber requerido al comisario. Presunciones—a juicio de VENTURA-TRAVERSET—peligrosas, que amparan su negligencia.

Cuando son los propios herederos los que practican la partición, parece se trata de un verdadero contrato: bilateral, si sólo son dos al efecto, o *plurilateral* si son varios.

Rige el principio de *unanimidad* (art. 1.058), debiendo incluso concurrir el coheredero cedente de cuota; el cesionario debe ser considerado como acreedor de éste, o sea podrá intervenir ejerciendo «control» que evite confabulaciones, sin perjuicio de poder impugnar la partición efectuada en perjuicio de sus derechos (artículo 403 en relación con el 1.083 C. c.). Los acreedores del causante no intervienen, pero pueden oponerse mientras no se les pague o garantice su crédito (art. 1.082). Y sabemos pueden promover el juicio de testamentaria (arts. 1.038 y 1.040 de la LEC).

En cuanto a capacidad, en términos genéricos, si todos son mayores de edad no les vinculan las normas de los artículos 1.061 y 1.062, lo que no sucederá existiendo menores o incapacitados (como afirma SANCHO, esta doctrina encuentra cierta base en la sentencia 21-I-1907); esto aparte de las medidas supletorias o complementarias y de garantía que precise tomar; así, si por haber oposición de intereses entre padres e hijos se nombra a éstos defensor judicial, la partición habrá de ser aprobada judicialmente; como si concurren menores o incapacitados sometidos a tutela representados por el tutor, será necesaria la intervención del consejo de familia que conforme a la Resolución de 30-X-1943, puede ser de dos tipos: por vía de autorización, en la que se señalan las bases o instrucciones a las que deberá sujetarse el tutor, o por vía de aprobación, una vez la partición ultimada. Como es conocido, si el tutor tuviese intereses contrapuestos con el tutelado, actuará por él el protutor (arts. 236-3.º y 264-6.º C. c.).

En caso de ausentes, a juicio de Roca, de los artículos 1.041, 1.043 y 2.046 de la LEC. se desprende que debe intervenir en su nombre el representante designado, pero necesitando autorización judicial, salvo cuando el representante sea cónyuge, hijo o ascendiente del causante. Pero, como atrás se dijo, habrá que probar que

el causante vivía al deferirse la herencia; en otro caso, rigen los artículos 191 y 192 del Código civil.

Por lo que se refiere a los menores emancipados, la Dirección de los Registros establece la distinción entre los que lo sean por concesión del padre o de la madre y habilitados de edad a los que se les admite capacidad para concurrir por sí mismos a la partición, y los emancipados por matrimonio, que se les niega. Entendemos—con CASTÁN y SANCHO—que todo esto es artificioso (véase en arts. 59 y 315 el juego de palabras «enajenar» y «vender») y que, tratándose de mujer casada menor de edad, bastará la licencia marital (art. 1.387). Claro es que si se realizan a un tiempo actos de enajenación, como adjudicación en pago de deudas, cancelación de hipotecas, etc., afirma SANCHO que la cosa varía, pues entonces—dice—deberán aplicarse los artículos 164 y 272 Código civil. Sin embargo, en cuanto a cancelaciones por emancipados, hoy juega el artículo 178-3.º del Reglamento Hipotecario, añadimos nosotros.

Y para terminar esta materia, interesa recordar la Resolución de 31-V-1895, sobre la no precisión de licencia marital por la mujer casada para concurrir al acto particional, como hace observar ROCA, en interpretación generosa.

Economía de espacio y tiempo vedan extendernos sobre la mecánica de la partición, efectos, vicios y medios de impugnación, etcétera, por su relativo reflejo registral y que—por otra parte—SANCHO tan magistralmente expone, recordando solamente que ese artículo 1.061, al que tantas veces hemos aludido y del que hemos ya dicho no es aplicable a la partición hecha por el testador y a la que realizan los herederos mayores de edad, tampoco debe serlo a la del comisario cuando —escribe SANCHO—el testador le hubiese dado en el testamento instrucciones diversas a las del artículo para su actuación; pero sí en otro caso.

Y que, pese a sus primeras palabras, las que le siguen—*posible igualdad*—evidencian el carácter relativo de la norma. En síntesis, que, como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en sentencias de 16-II-1902 y 30-I-1951, el artículo 1.061 tiene un carácter facultativo más bien que imperativo, pues la igualdad en la atribución actuará sólo circunstancialmente, en cuanto sea posible; por tratarse de bienes fácilmente divisibles, o que no desmerezcan mu-

cho con la división o que ésta no conduzca a un excesivo y perjudicial fraccionamiento.

* * *

En capítulo siguiente a la partición, se ocupa LACRUZ BERDEJO de la colación que varios autores (véase entre los modernos, por ejemplo, ESPÍN) incluyen en aquélla. Y que otros, como el inolvidable maestro don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, incluída con la reserva, las estudia «como precedentes de la partición, porque de cualquier modo que se haga ésta, si entre los herederos existen descendientes del finado, debe tenerse presente que hay bienes sujetos a reserva o colación, los cuales disminuyen o aumentan, respectivamente, el caudal partible».

LACRUZ, dando un paso más, escribe que la colación se refleja en la partición, pues en sí es una ordenación presunta de la sucesión, que tiene eficacia desde el momento mismo de fallecer el causante, variando desde entonces la proporción de las cuotas en el activo remanente de la comunidad hereditaria, lo que nos parece lo exacto.

De aquí que—como también se ha sostenido—no sea un derecho de predetracción de los legitimarios no donatarios. Es un gravamen a imputar en la cuota del colacionante, pero sobre el activo neto: si no lo hay, no hay tampoco legítimas ni colación.

La obligación de colacionar puede ser dispensable (art. 1.036), lo que plantea problemas en cuanto a su naturaleza, forma y revocabilidad. Acto *sui generis* para LACRUZ, puede disponerse bien en la misma donación, ya en el testamento, ya en acto posterior a la donación, y aunque el Código emplea la palabra «expresamente», será suficiente (DE DIEGO) una manifestación inequívoca que la excluya como, por ejemplo, en la donación en calidad de mejora (LACRUZ). Y, según VALLET, es revocable, salvo en el supuesto de donación en capítulos matrimoniales. Pero la revocación sólo será válida si se hace en testamento.

Explicando el artículo 1.038-2.º (que algún autor, como el citado ESPÍN, encuentra anómalo y entiende se trata de una confusión producida por la mecánica del derecho de representación), dice LACRUZ que, pese a la redacción de ese apartado 2.º, parece, de

acuerdo con el Derecho histórico, que los nietos no deben colacionar lo que el abuelo les hubiere donado antes del fallecimiento o de la formal desheredación de su padre.

Y como prueba de lo compleja que es toda esta materia—decimos nosotros—se puede aflorar el artículo 1.037, en el que el repetido Espín ve una manifestación del criterio subjetivo del causante que a la misma preside, por cuanto, contra la regla general del artículo 1.035, de limitar la colación a lo recibido en vida del causante, el testador puede ordenar se colacione lo dejado en el mismo testamento. Lo cual para LACRUZ carece de sentido, pues la colación impuesta a los prelegados desnaturalizaría a éstos y supondría tan sólo la designación de los concretos elementos que habrían de componer la cuota del heredero, mientras la impuesta a los herederos testamentarios que concurren con otros abintestato, significa esto mismo o su exclusión de la sucesión intestada. Como advirtió CALDERÓN NEIRA, no es posible aportar a la masa lo que en la masa ya está y de ella no ha salido.

Al parecer, el artículo 1.035 se refiere a la concurrencia de herederos forzosos de la misma clase (como ya explicó el maestro DE DIEGO, entre los «herederos forzosos» obligados a colacionar no lo están el cónyuge viudo ni los hijos naturales cuando concurren con hijos legítimos. De los adoptivos, como señala LACRUZ, el adoptado con adopción plena sigue la condición del hijo natural: los demás no son en ningún caso herederos forzosos). La colación ha de tener lugar respecto a los coherederos de cada grupo entre sí, pero no con los de grupo distinto. Y se efectúa cualquiera que sea la proporción en que herede el colacionante, y no sólo cuando la institución es en partes iguales, lo que no deja de suponer, en muchos casos, grave injusticia. Así, si un padre ha dejado menos parte en su herencia a uno de sus hijos, por haberle donado en vida otros bienes, este hijo menos favorecido verá imputar en su exigua porción a los bienes que recibió en vida, mientras sus hermanos se quedan con todo el caudal relicto. Como dice muy bien LACRUZ, la Ley hubiera debido prever, en el caso de institución en partes desiguales, la doble posibilidad de que, o el padre tenga intención de desigualar a los hijos, o la institución en partes desiguales se haga precisamente para compensar donaciones anteriores, y con el fin de igualarlos. Punto éste, podríamos apostillar, que la depu-

rada técnica de nuestro Notariado deberá tener en cuenta para con su consejo superarlo.

Sólo ya dos últimos problemas sobre la materia. El primero el de la adjudicación compensatoria y valoración de lo donado (artículos 1.047 y 1.048), que, a nuestro juicio, ha resuelto (si bien no parece ser así el sentir de la jurisprudencia, sentencia 30-III-1949, que cita LACRUZ) con la mayor equidad NÚÑEZ LAGOS, pues el dinero debe servir como medio de liquidación, pero no como objeto de deuda. Así, pues, en el artículo 1.045 es evidente que el valor que la cosa donada tuviera en el momento de la colación, no corresponde a la cifra o precio de estimación que entonces se le asignó. Hay que estimar el «valor» en el momento de la donación con arreglo a las circunstancias monetarias del día del fallecimiento.

Prácticamente—dice Cossío—el juego es muy semejante al de la cláusula «valor oro». Técnicamente se reduce a averiguar el coeficiente de depreciación de moneda, *tractus temporis*, con los números índices aplicables a dicho efecto.

Sin embargo, advierte VALLET, que la aplicación de la moneda actual para medir—efectiva y no nominalmente—el valor que tenía lo donado en el día de la donación, no siempre resultará justa. Parece que será justa, por ejemplo, si lo donado fué un inmueble que el donatario conserva, pero en cambio resultará injusta si el donatario enajena la finca antes de desvalorizarse la moneda para cubrir con su importe sus necesidades o cuando la finca haya sido desvalorizada por la Ley (arriendo, según la LAU). Este criterio, que se acomoda a las circunstancias del caso—inspirado en KIPP—, parece ser el que también inspira a LACRUZ.

El segundo y último problema en esta materia, al que queremos aludir, es el de si tendrá que restituir el colacionante a la masa el exceso, cuando lo donado supere su cuota sucesoria, que parte de la doctrina resuelve afirmativamente, lo que no acepta LACRUZ, toda vez, dice, que la donación colacionable, y dado que el instituto está construido por la Ley sobre la base de una voluntad típica del causante, es una especie de partición por el testador, por la cual hay que pasar, cualquiera que sea su proporción, con la cuota asignada al heredero en el testamento o por la Ley. Pero, claro, aun aceptando este criterio, siempre habrá que tener en

cuenta—decimos nosotros—su cómputo en la regulación de las legítimas (art. 1.035), con cuya institución acaso ésta debiérase no sólo conectar—como se hace—, sino en absoluto, totalmente, estudiar.

No queremos terminar sin decir que en la obra que hemos venido comentando hay constantes alusiones a los Derechos Forales, en especial a la nueva Complición para Cataluña, sobre las que, una vez más, repetimos, necesidades de espacio y tiempo nos han obligado a pasar por alto.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.