

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXVIII

Abril 1952

Núm. 287

Partición de herencia por Comisario

CITACIÓN PARA EL INVENTARIO EN LAS PARTICIONES DE HERENCIA PRACTICADAS POR COMISARIO (CONTADOR-PARTIDOR) NOMBRADO POR EL CAUSANTE SI DEBE ESTIMARSE NECESARIO, A TAL EFECTO, EL NOMBRAMIENTO DEL DEFENSOR JUDICIAL PARA EL HEREDERO MENOR DE EDAD SOMETIDO A LA PATRIA POTESTAD CUANDO EL PADRE O MADRE QUE LA EJERZA ESTÉ TAMBIÉN INTERESADO EN LA SUCESIÓN DE QUE SE TRATE.

Una inveterada y continua corriente de opinión viene insistiendo en la necesidad de dicho defensor por entender se da en tal supuesto la consabida incompatibilidad de intereses.

Si en todo caso el intentar marchar contra corriente, sino arriesgado, es al menos complicado y difícil; en el de que se trata es algo peor: una osadía; pues en verdad el criterio unánimemente mantenido encuentra su firme apoyo en una nutrida jurisprudencia que además hay que estimar correcta y acertada en los casos resueltos por las resoluciones que después serán examinadas.

La única disculpa que podría encontrar tan temeraria pretensión sería poder demostrar que en el punto a estudiar no se planteó a su tiempo la cuestión en sus justos y precisos términos, y que por ello nunca quedó definitiva ni perfectamente resuelta.

Antes de entrar en materia hemos de fijar unas bases mínimas, pero firmes, que sin constituir novedad alguna nos han de servir de punto de apoyo en todo cuanto después tengamos que sostener.

Sabido es que el Código civil, en su artículo 1.057, faculta al testador para encomendar por acto INTERVIVOS o MORTIS CAUSA para

después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos. Y que en su párrafo segundo ordena que «lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela; pero el Comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios».

Tales son las diminutas normas que nuestro derecho positivo dedica a la partición por Comisario.

Autores y jurisprudencia tienen sentado de consuno que la función del dicho Comisario es esencialmente personalísima. De aquí se desprende no sólo que no es delegable sino que tampoco puede ser compartida con nadie.

La intervención y aprobación de los herederos en esta clase de particiones, sostiene atinadamente ROCA SASTRE (1), las desnaturalizaría, haciéndoles perder su carácter esencialmente unilateral y transformándolas en particiones otorgadas por los herederos.

De un modo más breve y tajante confirma esto mismo nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado al decir (Resolución de 15 de julio de 1943) que el Comisario es un juez imparcial y una autoridad dirimente, no parte contratante.

Practicada la partición por el Comisario no precisa, para surtir efectos jurídicos, ni la aprobación por los herederos ni menos la aprobación judicial, aunque entre éstos haya alguno menor de edad o incapacitado. Tal partición, como dice el autor citado —ROCA—, es apta o idónea por sí sola para el tráfico jurídico.

Con este modesto bagaje nos lanzamos a nuestra intrépida empresa, en la que nos será forzoso comenzar por distinguir que la partición de que se trata tenga que realizarse con o sin la llamada liquidación de la sociedad de gananciales.

* * *

El primer escollo y el más serio que encuentra con frecuencia el Comisario en su función contadora-partidora es el de la necesidad de practicar la llamada liquidación de la sociedad de gananciales cuando el causante de la sucesión era casado y su matrimonio, en

(1) «Instituciones de Derecho Hipotecario» (programa de oposición a Registros de la Propiedad), tomo II, 2.^a edición, página 468.

su aspecto económico, estaba sometido al régimen de dicha sociedad.

Y no es que se le pongan cortapisas o se entienda que su función no alcanza a tal liquidación; antes al contrario, pues si normalmente la liquidación de repetida sociedad de gananciales (al igual que la de otra sociedad o le da una comunidad en que el causante estuviere interesado y que hubiera que practicar al quedar aquéllas disueltas a su fallecimiento), debiera ser realizada por los herederos del causante y los demás consocios o comuneros que lo fueron de éste, no sucede así sin embargo, sino que por verdadera excepción y con el deseo de facilitar tal clase de particiones de herencia se reconoce por la jurisprudencia que el Comisario, con la conformidad o acuerdo del cónyuge supérstite, puede practicar sin la intervención de los herederos del causante de la herencia la repetida liquidación. Así está resuelto en Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1934 y 17 de abril de 1943 y en múltiples Resoluciones de nuestro Centro directivo, entre ellas, las de 14 de marzo de 1903, 26 de febrero de 1906, 11 de septiembre de 1907, 29 de enero de 1908 y 6 de marzo de 1923.

Las dificultades y problemas nacen más bien al amalgamar y confundir operaciones de tan distinta naturaleza jurídica como la liquidación dicha y la partición de herencia por Comisario, ya que no se tiene en cuenta que mientras que la primera constituye un negocio jurídico contractual, la otra no puede perder nunca su carácter de unilateralidad.

Para examinar mejor estas cuestiones creo que basta presentar un dilema y optar por una de sus proposiciones, después de estudiar y rechazar la contraria.

Puede sentarse el siguiente: O la liquidación de la sociedad de gananciales no es más que una de las varias operaciones integradoras de la partición hereditaria, o por el contrario es un negocio jurídico distinto e independiente, y por ello separable del de la partición de herencia.

Son variadísimas, en verdad, las prácticas particionales seguidas por Abogados, Notarios y demás técnicos, cada una de las cuales pone de relieve el mejor o peor estilo de sus autores. Y algunas de ellas, como afirma un antiguo y competente tratadista —SÁNCHEZ ROMÁN (2)—, son ingeniosas y de cierta originalidad. Pero si exa-

(2) «Estudios de Derecho Civil», tomo V, vol. III, pág. 2.129.

minamos los modelos que suelen suministrar los tratadistas o las fórmulas empleadas en los títulos que cotidianamente se someten a nuestra calificación hipotecaria profesional, se observará en todos que la liquidación de la sociedad conyugal y la de gananciales se ofrecen como una parte integrante de la misma partición de herencia de que se trate.

En efecto, se aprecia en seguida y en primer lugar que ambas operaciones comienzan con un inventario general o común a las dos, en el que se comprenden todos los bienes existentes al disolverse el matrimonio, tanto los que sean propios o privativos de una y otro cónyuge como los que eran comunes o llamados «de origen ganancial». Por esto, sin duda, GÓMEZ MORÁN (3), después de considerar la simultaneidad dicha y al tratar de la partición hecha por Comisario, afirma que la elaboración del inventario no está sujeta a ninguna regla, y que cuando haya de liquidarse alguna sociedad conyugal, se ajustará dicho inventario a lo dispuesto en los artículos 1.419, 1.428 y 1.431 del Código civil.

Fijado después en forma breve el llamado cuerpo general de bienes o cuerpo de hacienda, se practica, en primer lugar, la liquidación de la sociedad conyugal (4), deduciendo como primera baja común el capital o aportación de cada cónyuge (aunque por lo que respecta al del marido no está ello acorde con los artículos 1.422 y 1.423 del Código civil). Determinado así el haber bruto de la sociedad de gananciales, se liquida éste haciendo también las bajas procedentes, y lo que resulte como neto (si así sucede) se divide por mitad numéricamente; una de ellas forma el haber del cónyuge sobreviviente como socio o copartícipe en los lucros o ganancias matrimoniales, y la mitad restante pasa a integrar, con los bienes privativos o aportados por el difunto, el verdadero haber hereditario partible. Viene en seguida, sin solución de continuidad, la liquidación y división de la herencia, la formación de haberes y las adjudicaciones de bienes por tantos cuantos distintos conceptos hayan ido revelando las distintas operaciones de liquidación. A veces se sigue la práctica (totalmente recusable) de una vez fijados los haberes del cónyuge viudo, por aportaciones, mitad de gananciales, cuota

(3) «Tratado teórico-práctico de particiones», Madrid, 1950, págs. 290 y 318.

(4) A veces, entre el inventario y la liquidación se intercalan las llamadas bases o supuestos, que de ordinario van a la cabeza de la partición.

vidual y de algún legado que le hiciera el causante, se le adjudican bienes en pago del total de ellos, sin discriminar los bienes que lleva por cada uno de los distintos haberes o conceptos parciales.

Parece por tanto, al menos de hecho, que la llamada liquidación de la sociedad de gananciales no es más que una parte integrante de la partición de herencia.

Este es el criterio de algunos autores. Si la disolución de la sociedad de gananciales, dice el citado SÁNCHEZ ROMÁN (5), tiene lugar por muerte de uno de los cónyuges, la liquidación de aquélla forma parte de las operaciones de la testamentaría. Y en otro lugar (6) considera dicha liquidación, con la de la sociedad conyugal, como un anejo indispensable de alguna de las operaciones que integran la partición de herencia para fijar el verdadero caudal hereditario partible y que, lo mismo que la de otra sociedad a que hubiera podido pertenecer el causante, la llamada liquidación accidental y relacionada con la herencia y factor indispensable para la práctica de la partición de ésta.

El admitir la primera proposición del dilema, o sea considerar la llamada liquidación de la sociedad de gananciales como parte integrante de la partición de herencia del cónyuge fallecido, nos conduciría a un absurdo o imposible jurídico. En efecto, teniendo el cónyuge viudo a más de este carácter el de heredero en cuanto a su cuota vidual y practicando el mismo en virtud de contrato con el Comisario la liquidación de la dicha sociedad, cuyo inventario es común tanto a ella como a la partición de herencia, se seguiría de aquí que la partición por Comisario, en cuanto a una de las operaciones que la integran al menos, tendría carácter contractual, y no sólo esto, sino que podría prescindirse en tal contrato del concurso de los demás herederos distintos al repetido cónyuge viudo.

El obstáculo que de aquí naciera no podría ser salvado ni recurriendo al expediente que pudiera intentarse de que el repetido cónyuge sobreviviente resignare en el Comisario su facultad o derecho a intervenir y consentir en la liquidación de la repetida sociedad para que éste pudiera practicar por sí solo las dos clases de operaciones divisorias a que nos referimos; pues en lugar de quedar zanjadas las dificultades éstas habrían de aumentar al presentarse en

(5) Ob. cit., tomo IV, vol. I, pág. 850.

(6) Ob. cit., tomo V, vol. III, pág. 1.999.

escena esa tan oscura como poco estudiada figura del autocontrato.

Y si contemplamos el supuesto de que el cónyuge supérstite hubiere renunciado a su cuota vitalicia y a cualquier otro derecho que pudiere corresponderle en la herencia de su fallecido consorte, entonces se daría el contrasentido de que no teniendo interés en la misma como heredero tuviera, no obstante, que practicar en unión del Comisario parte de las operaciones particionales de aquélla (como es el inventario), por el hecho de constituir uno de sus elementos la tan repetida liquidación de la sociedad de gananciales, y alterando también con ello el carácter esencialmente unilateral de las particiones que se estudian.

No, no es posible, por tanto, admitir esa primera proposición del dilema planteado, y dado lo que éstos significan es forzoso por ello aceptar la proposición segunda y, en consecuencia, sostener que las repetidas operaciones de liquidación de la sociedad conyugal y de la de gananciales son distintas de las de partición de herencia, tanto por los bienes que son objeto de las mismas como en cuanto a las personas que deben practicarlas. Dentro del mismo Código civil existen preceptos con los que poder demostrar lo antes afirmado.

La llamada por una verdadera sinédoque de tipo jurídico liquidación de la sociedad de gananciales, no la constituye sólo la simple operación jurídico-matemática, empleada a fin de determinar las ganancias o lucros matrimoniales que pudieren existir, sino que lleva como precedente obligado la de la liquidación de la sociedad conyugal, y ambas están integradas por una serie de operaciones análogas a las que forman la partición de herencia, distintas de las de ésta, y que comienzan con un inventario y terminan con la adjudicación de bienes.

Para convencerse de todo ello basta examinar, aunque sea a la ligera, los preceptos que aquel texto dedica a esta materia, o sean los artículos 1.418 al 1.431, insertos en la sección 7.^a, título III del libro IV, cuyas normas llevan, como abreviado epígrafe, el de «De la liquidación de la sociedad de gananciales».

De ellos se desprende todo esto:

1.^o Que como primera operación de esa llamada liquidación de la sociedad de gananciales existe la formación de un inventario, que comprende tanto los bienes privativos de uno como del otro con-

sorte (7) que existan o se conserven en la sociedad conyugal y aquellos que les hayan sustituido (cuando se trata de cosas específicas), como los comunes o llamados «de origen ganancial». Es por tanto dicho inventario, en cuanto a su contenido, más amplio o extenso y distinto al que haya de servir de base a la partición de herencia propiamente dicha.

2.º Que las liquidaciones son también distintas a las que haya de provocar después la partición de herencia, pues han de deducirse, para su pago posterior, en primer lugar, las aportaciones de la mujer por parafernales y dotales; después las «deudas, cargas y obligaciones» de la sociedad, y en último término si existen bienes suficientes, la aportación marital.

3.º Que también pueden existir los aumentos por colación, que nada tienen que ver con las colaciones de la partición de herencia ni responden a finalidades idénticas. Y que por último han de dividirse las ganancias líquidas, que puedan resultar, entre marido y mujer, o el uno y los herederos del fallecido.

Todas esas operaciones, desde el inventario a las adjudicaciones en pago de los respectivos haberes, tanto al viudo o viuda como a los extraños, son realmente distintas e independientes a las que haya de comprender luego la partición de herencia del fallecido. Esta herencia ha de surgir como una consecuencia de la citada liquidación de la sociedad de gananciales, ya que la han de formar los mismos bienes aportados por el cónyuge fallecido o en su caso los que hubiere podido recibir como equivalentes de entre los que existan en la sociedad conyugal y su mitad en los lucros o ganancias y por exclusión, y ya en concreto, integrarán la repetida herencia aquellos bienes de la sociedad conyugal que dejarón de adjudicarse al cónyuge sobreviviente y demás personas que hubieren recibido en pago bienes de aquélla; pues no es preciso añadir que en la liquidación de la repetida sociedad de gananciales no es necesario adjudicar bienes al cónyuge fallecido por los dos conceptos expresados, ni tampoco formalmente a su herencia o testamentaría, ya que según una conocida jurisprudencia dichos bienes pasan o se transmiten directamente a sus respectivos herederos, a quienes después se les adjudiquen en la partición.

(7) No es práctica recomendable a mi juicio, como a veces se acostumbra, la de excluir los bienes inmuebles propios del cónyuge viudo.

También algunos autores estiman como distintos dichos negocios jurídicos de liquidación de sociedad de gananciales y de partición de herencia.

El citado ROCA SASTRE (8) considera la liquidación y adjudicación de la comunidad ganancial disuelta como un acto previo y distinto al de la partición de herencia.

Esta autorizada opinión encuentra además su apoyo en lo mantenido reiteradamente por nuestro Centro directivo. Así lo comprueba la Resolución de 14 de marzo de 1903, en la aquél dijo que la simple facultad de hacer la partición de herencia es acto distinto de la liquidación de la sociedad conyugal.

En las de 26 de febrero de 1906 y 6 de marzo de 1923, también el mismo Centro tiene declarado que la liquidación de la sociedad conyugal afecta a intereses y derechos distintos de los que constituyen el caudal propio del causante.

En la de 11 de septiembre de 1907 se sienta que la repetida liquidación y división de la sociedad de gananciales es una operación previa e indispensable para determinar el verdadero caudal partible del causante de la sucesión.

Y por último existe otra Resolución, cuyo examen hemos dejado para este lugar por ser la más perfecta y definitiva en este aspecto, como es la de 7 de marzo de 1914, en la que se sienta de un modo claro y rotundo que hay que distinguir entre la citación al solo efecto de inventariar los bienes relictos, la liquidación de la sociedad de gananciales con el cónyuge supérstite y la partición propiamente dicha del caudal hereditario, «POR SER ACTOS JURIDICOS SEPARABLES y de antecedentes y consecuencias distintos».

Creo que con lo que antecede queda suficientemente demostrado lo que nos propusimos. Y si ello es así, ¿por qué los expertos en las prácticas particionales siguen empeñados, erre que erre, en seguir reiteradamente mezclando y hasta confundiendo, esto en parte, lo que debiera aparecer perfectamente discriminado, como es, de un lado, la repetida liquidación de la sociedad de gananciales (mejor sería llamarla partición de bienes de la sociedad conyugal), y de otro, la partición de herencia?

Sin duda que ello obedece a un deseo de simplificación o a un ahorro de trabajo; pero en verdad no debiera seguirse tal sistema,

(8) Obra y tomo citados, pág. 476.

en todo caso por estas consideraciones: Es cierto que cuando son las mismas las personas interesadas en ambas clases de particiones, y cuando además son los herederos y el cónyuge sobreviviente (sea o no éste también heredero) los que las realizan o practican, es indiferente que se hagan aquéllas al mismo tiempo o en el mismo documento, o por el contrario, separadamente, siempre que se observen las normas atinentes a las unas y a las otras y que además resulten con claridad los distintos conceptos por los que se forman los respectivos haberes de cada interesado y sus correspondientes adjudicaciones en pago. Pero no debiera procederse así en los casos, frecuentes en la práctica, objeto de nuestro estudio, de partición de herencia hecha por Comisario con liquidación de la sociedad de gananciales, ya que su formulación conjunta provoca complicados problemas y dificultades que pudieran evitarse, alguno de los cuales vamos a poner de relieve a continuación.

Citación para inventario.—Deben estudiarse, aunque sean brevemente, estos puntos: Objeto o finalidad; su importancia; su forma y necesidad o no del nombramiento de defensor en los supuestos que serán presentados.

Vimos cómo según el párrafo segundo del artículo 1.057 del Código civil, cuando esté interesado en la herencia algún heredero menor de edad o sujeto a tutela, el Comisario, contador-partidor, ha de inventariar los bienes de aquélla con citación de los acreedores, coherederos y legatarios.

No nos explican los autores cuál sea la finalidad perseguida con tal citación; pero parece indudable que en cuanto a los menores o incapacitados no es más que una garantía establecida en su beneficio o interés. En cuanto al Comisario, constituye una limitación, que se le impone al ejercicio del cargo, y en cuanto a la partición, un requisito, sin el cual no puede admitirse como válidamente practicada.

Constituye, por tanto, una invitación obligada para el Comisario, dirigida a ciertas personas para que asistan, si así lo estiman oportuno, a la práctica del inventario, como primera operación y una de las más importantes de la partición de la herencia.

No expresa el Código, tan parco en esta materia, en qué haya de consistir tal asistencia.

Desde luego ha de ser, al menos, para que presencien la práctica

del repetido inventario. Así se desprende, poranalogía, con lo dispuesto por el mismo texto (artículo 1.010) para el caso de formación judicial de inventario en los supuestos de aceptación de herencia a beneficio de inventario, o por haberse ejercitado el otro beneficio, llamado derecho de deliberar. Este es el criterio de nuestro Centro directivo, al decir en la Resolución de 4 de noviembre de 1935 que el fin de esa citación es el de que los sucesores conozcan el patrimonio en que han de participar, su cuantía y composición.

El Código sólo exige la citación; pero no obliga a comparecer a los citados, ni esta comparecencia la considera como requisito inexcusable. Sin duda quiso evitar todo obstáculo a dichas particiones, ya que, como dice la Resolución de 6 de marzo de 1923, de estimarse necesaria aquella comparecencia se entorpecerían en grado sumo las operaciones particionales, y se echaría sobre los interesados (que pueden vivir lejos del lugar en donde se realice el inventario, o tener en el mismo reducido interés), una carga desproporcionada.

La comparecencia de los citados no se ha de limitar al simple acto de presencia; nada se opone, a mi juicio, a que puedan hacer al Comisario las indicaciones o sugerencias que crean oportunas, así como solicitar del mismo la inclusión o exclusión de determinados bienes o deudas cuando así lo estimen preciso. Tampoco puede privarse al Comisario del derecho a solicitar de los interesados los antecedentes, documentos o noticias que considere necesarios tanto para la formalización del inventario como para cualquiera de las demás operaciones de la partición; ahora bien, en lo que hay que tener sumo cuidado en esta clase de particiones por Comisario es en no confundir la intervención de los herederos con los convenios, pactos o contratos que puedan celebrar con los contadores y aquéllos entre sí, ya que ellos, según vimos, les hace cambiar de naturaleza, convirtiendo la partición por Comisario, acto unilateral, en partición contractual entre herederos, con las consecuencias que de una y otra derivan.

Algo de esto fué lo ocurrido en el caso resuelto por la citada Resolución de 15 de julio de 1943. Como contra la doctrina sentada por la misma se ha lanzado cierta censura, a mi juicio injustificada, conviene detenerse brevemente en el examen de aquélla y de la crítica formulada, con lo que al mismo tiempo romperemos una lanza en defensa de tal Resolución, en la que en cierto aspecto fué el que expone parte interesada por razón de su profesión.

El caso resuelto fué el siguiente: La persona que causó la herencia tenía otorgado testamento, el vigente, en que instituyó herederos, por iguales partes, a sus cinco hijos, sin perjuicio de la cuota vidual de su esposo, que le sobrevivió. Nombró en él, además, dos Comisarios. Estos formalizaron el cuaderno particional, y por ser menor de edad uno de los hijos practicaron las correspondientes citaciones para el inventario, y por lo que toca al menor la hicieron al cónyuge viudo, como padre y representante legal del mismo, cuyo cónyuge, según manifestaron, había renunciado a su cuota vidual y participación en los gananciales. Tanto el inventario como al final del cuaderno firmaron todos los interesados, incluso personalmente la menor, en prueba de conformidad. Y dando después por sentado que se trataba de simple partición de herencia por Comisario, se otorgó el mismo día de la fecha del cuaderno una escritura pública, que llamó el Notario autorizante de protocolización de operaciones particionales, renuncia de gananciales y declaración de obra nueva. En ella comparecieron: los dos Comisarios, dando por firmemente cumplido su encargo; el viudo, para renunciar solemnemente su legítima y su participación en los gananciales, y solo dos, de los cinco hijos, para declarar el edificio por ellos construído sobre la finca que en el cuaderno particional (de la misma fecha, como se dijo), y según su inventario, figuraba sólo como solar.

A pesar de haberse considerado tal partición como hecha por Comisario en acto unilateral, ello no podía ser aceptado, por las consideraciones que siguen:

En la base cuarta de la partición se dice que «**HAN CONVENIDO LOS HEREDEROS**» deducir determinada cantidad del importe de las deudas, y en cuanto al resto, adjudicar a uno de los herederos determinados bienes para que los enajene y pague tales deudas.

En la quinta se añade que el viudo e hijos se proponen suscribir el cuaderno particional, prestando su conformidad.

En la sexta se dice «**DECLARAN LOS HEREDEROS** que no existen donaciones colacionables».

En la hijuela de una de las hijas se dice que, habiendo entregado ésta a sus dos hermanos, que cita, ciertas cantidades, que indica, queda nivelado su haber.

Y por último, la firma del cuaderno particional la hacen los herederos y Comisarios, poniendo por antefirma los términos de «**ASÍ LO DISPONEN Y OTORGAN**».

De todo lo que antecede, revelador de los acuerdos y estipulaciones llevados a cabo entre Comisarios y herederos, y de éstos entre sí; dedujo nuestro Centro directivo que no se trataba de partición por Comisario sino contractual.

Y si ello es así no era bastante la escritura calificada de simple protocolización, sino otra en que interviniéren todos los herederos y ratificasen lo convenido en el cuaderno particional.

El autor citado, GÓMEZ MORÁN, impugna el criterio sentado por la reseñada Resolución, en la que dice (9) «que si bien se autoriza a los herederos para aprobar las particiones hechas por contador, se les prohíbe, en cambio, intervenir en ellas», y más adelante, en la misma obra (10), califica la doctrina de la repetida Resolución de algo curioso, en que se contradice el espíritu y aun el texto de algunas Sentencias del Tribunal Supremo, y que en ella se declara «que las particiones en que intervienen los herederos, cuando hay contador, no son inscribibles en el Registro de la Propiedad».

Estimo injustificadas las censuras de tan competente autor, pues es fácil comprobar que en el caso de tal Resolución se trataba de partición de herencia, hecha conjuntamente por el Comisario y los herederos en un cuaderno particional, y que por ello la escritura subsiguiente no podía ser de simple protocolización de partición, sino de ratificación de operaciones particionales y elevación al mismo tiempo a documento público del dicho cuaderno, en la que tenían que intervenir todos los herederos, y no sólo dos de los cinco que existían.

La repetida citación para inventario es considerada por la jurisprudencia como un requisito esencial de la partición de que se trata y sin el cual no puede aquélla producir sus respectivos efectos (como defecto subsanable consideran la falta de citación las Resoluciones de 22 de julio y 4 de diciembre de 1912, y 18 de agosto y 21 de diciembre de 1909).

En cuanto a la forma de hacerla o de justificar tal extremo, no se le ha dado nunca gran importancia por la jurisprudencia.

Es cierto que la Dirección General de los Registros y del Notariado parece exigió se justificare en forma auténtica en las Resoluciones de 18 de agosto y 21 de diciembre de 1909, y en la de 22 de julio de 1912; pero fué por circunstancias muy justificadas, y por

(9) Obra citada, pág. 286.

(10) Pág. 288.

tanto no es posible admitir, como cree algún autor, que el mismo Centro rectificó después su criterio. Ha de tenerse en cuenta todo esto: Que en la primera Resolución si bien el Comisario afirmó había existido la citación, esto fué contradicho después por la comparecencia de un interesado ante el Presidente de la Audiencia Territorial en diligencia, para mejor proveer en trámite del recurso gubernativo; en el caso objeto de la segunda Resolución, no se expresaba en el título particional la edad de los herederos y, por tanto, no constaba la referida citación, y en el de la tercera de las citadas no se expresó siquiera que la citación se hubiera realizado.

En otras Resoluciones, la de 30 de abril de 1917 y 6 de marzo de 1923, admite la misma Dirección que basta que el Comisario manifieste en la partición que la repetida citación la había realizado.

La práctica más frecuentemente seguida es la de que los interesados reconozcan *A POSTERIORI* que habían sido citados; se apoya en las Resoluciones de 2 de agosto de 1909 y de 7 de marzo de 1914, entre otras.

Pero es claro que el Comisario que quiera quede constancia del cumplimiento fiel de sus obligaciones, en este punto tendrá que constatar la citación en forma auténtica, judicial o extrajudicialmente. Creo más adecuada la forma del acta notarial, y que en cuanto a los que deban ser citados residentes fuera del lugar pudiera emplearse el sistema de correo certificado, con acuse de recibo, con la intervención notarial que autoriza el artículo 202 del Reglamento Notarial. Además, en cuanto se trate de interesados de ignorado paradero o de domicilio desconocido, deberá emplear el Comisario la forma de edicto publicado en los sitios de costumbre.

No es preciso añadir que la citación, en cualquiera que sea su forma, deberá expresar lugar y fecha de la práctica del inventario.

No debe insistirse más en estos puntos. El que sí tiene un gran interés, porque a mi juicio no se planteó nunca en sus adecuados y justos términos, es el relativo (ya enunciado al principio) al nombramiento del defensor judicial.

Para intentar, si no resolverlo, al menos plantearlo y estudiarlo en la forma debida, es necesario comenzar por hacer una previa y fundamental distinción de supuestos, como es la siguiente:

A) Que el Comisario y el cónyuge viudo hagan la liquidación de la sociedad conyugal, **Y AL MISMO TIEMPO, EN EL MISMO DOCUMENTO,**

aquel Comisario practique por sí solo la partición de herencia del consoerte fallecido.

Es lo que siempre se viene haciendo en estos casos, y ello puede realizarse bien previamente en el llamado cuaderno particional o ya directamente en escritura pública, sin que la preceda el dicho cuaderno.

B) O por el contrario, que el mismo Comisario realice por sí solo la partición de herencia, pero DESPUÉS Y SEPARADAMENTE de haber practicado con el cónyuge supérstite la liquidación de la repetida sociedad conyugal y de gananciales.

A este supuesto hemos de equiparar después aquellos otros en que la liquidación de dicha sociedad no sea precisa, por estas o aquellas circunstancias, y los en que el causante de la sucesión no estuviere casado en el momento de su fallecimiento, o no rigiera la sociedad de gananciales.

En el primer supuesto, o sea el de la letra A), si entre los herederos existe alguno de menor edad sometido a la patria potestad del cónyuge viudo, es indudable que ha de nombrarse al menor un defensor judicial para que ostente sus derechos en la citación para formación del inventario y pueda concurrir en su nombre a la práctica de éste, y ello por entenderse existe entre padre o madre e hijo incompatibilidad de intereses.

Este es el firme y racional criterio de la jurisprudencia de nuestro Centro directivo, que después será examinada. Pero es que entiendo que, además de ello, una técnica depurada, al igual que una rigurosa jurisprudencia, podría estimar que esa partición carece de eficacia jurídica alguna sino la aprueban los demás herederos distintos al cónyuge sobreviviente, y que independientemente de ello necesitaría también ser sometida a la aprobación judicial.

En efecto; por mucha que sea la pericia del Comisario o sus asesores, y por mucha habilidad y perspicacia que desarrollen haciendo distingos, salvedades, advertencias y equilibrios tendentes a demostrar que la liquidación de la sociedad dicha la otorgaron el cónyuge viudo y el Comisario, y que en cambio las operaciones propias de la partición de herencia las practicó el Comisario por sí solo, siempre quedará un algo al descubierto encargado de contradecir aquellas afirmaciones. Me refiero al inventario. No pueden ocultar, en efecto, que se practicó un solo inventario común para la liqui-

dación de la sociedad de gananciales y para la partición de herencia. Al servir para la primera tuvo por fuerza que ser otorgado por contrato (como todas las operaciones de la misma) entre el cónyuge viudo y el Comisario ; pero como al mismo tiempo fué el inventario de la partición de herencia, no puede ya sostenerse después que esa primera operación, la más importante de ésta, la realizó el Comisario por sí solo ; luego se trata de partición hecha, aunque sea parcialmente, por el Comisario y uno de los herederos (el cónyuge viudo), y de aquí se desprende no sólo que para su eficacia deben intervenir todos los demás herederos, sino que al estar uno de ellos (como tendría que estarlo) representado por el defensor judicial, y al ser partición contractual y no por Comisario, debería ser sometida a la aprobación judicial.

Y si se pretendiera afirmar que ese único inventario es exclusivo de la liquidación de la sociedad de gananciales, entonces no se precisaría la citación de los herederos para la práctica de aquél, ya que todas esas operaciones de la liquidación dicha las realizan por sí solos el Comisario y el cónyuge viudo, según se demostró antes.

Contemplemos ahora el segundo supuesto, el de la letra B). El Comisario y el cónyuge viudo practican todas las operaciones de las llamadas liquidación de la sociedad conyugal y de la de gananciales. Ello pueden efectuarlo con separación o independencia de las operaciones propiamente dichas de partición de herencia de acuerdo, según vimos con el criterio de la jurisprudencia. Y pueden, además, consignarlo bien en el llamado cuaderno particional o bien en otro separado, o directamente en escritura pública.

Y supongamos que después el Comisario, ya por sí solo, sea en documento aparte o bien en aquel cuaderno particional ; pero a continuación y separadamente de las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal, extiende una diligencia, haciendo constar que da comienzo a las operaciones particionales de la herencia, y que existiendo menores o incapacitados ha de proceder a citar, para inventario, a todos los herederos, acreedores y legatarios, para que comparezcan, si lo desean, a la práctica de aquél. Y si entre aquellos herederos o legatarios hay algún menor de edad sometido a la patria potestad del cónyuge viudo, también heredero por su cuota vidual, ¿habrá aquí que proceder a nombrar un defensor judicial a dicho menor por la supuesta incompatibilidad de intereses y al solo efecto de dicha citación ?

Creo que procediendo con alguna lógica habrá que contestar negativamente a tal pregunta.

Debemos, en efecto, tener presente todo esto:

De un lado, que la llamada liquidación de la sociedad de gananciales no comprende sólo la formación de haberes o la determinación numérica de lo que corresponde a cada cónyuge y demás interesados o acreedores, sino que es una partición y reparto total y completo de los bienes de todas clases que existieren en la disuelta sociedad conyugal y de gananciales, y que abarca desde el inventario hasta la adjudicación total de todos los bienes, tanto al cónyuge viudo como a los terceros acreedores, o sea, a los extraños a la sociedad conyugal y al mismo cónyuge fallecido. Ahora bien, si a éste, o mejor, a su herencia o testamentaría, no se hace la correspondiente adjudicación, es por estimarse innecesaria, ya que según se dijo antes la jurisprudencia hipotecaria tiene establecido no ser preciso la adjudicación previa (ni menos la inscripción previa en el Registro, en cuanto a bienes inmuebles), por entenderse que tanto los bienes que pudieren corresponderle por su haber gananciales como por sus aportaciones (aunque fueren distintos a los que aportare) PASAN directamente a los respectivos herederos, o quienes después se lleven adjudicar en la partición de su herencia. Mas esto no obsta a que pudieren hacérsele a dicho cónyuge fallecido o a su herencia o testamentaría las correspondientes adjudicaciones de bienes, aunque lo fuesen formulariamente y al solo efecto de dejar completas las operaciones de liquidación de que se trata.

Aun no haciéndose esa innecesaria adjudicación, la determinación o concreción de los bienes que después han de integrar la herencia del cónyuge fallecido, como ya antes quedó advertido, no es más que una secuela del inventario y demás operaciones de la repetida liquidación de la sociedad conyugal, ya que surgen por exclusión y tienen por fuerza que ser aquellos del inventario o aquella parte de ellos (en caso de división o segregación material) que dejaron de adjudicarse, por ser los que hubieren pertenecido al cónyuge fallecido.

Y si en otro aspecto tenemos en cuenta que todas las operaciones de la repetida liquidación de la sociedad conyugal las practicaron exclusivamente, de un lado y en su propio nombre, el cónyuge viudo, como consocio o comunero, y de otro el Comisario en representación del causante de la herencia y como si interviniere éste (según

el criterio de la Resolución de 29 de enero de 1908), y si se añade a ello que a ninguno de ellos se puso limitación o cortapisa alguna por razón de un posible perjuicio que pudiere causarse a algún heredero menor de edad o incapacitado, ¿cómo pretender después, por una supuesta incompatibilidad de intereses y un posible perjuicio para los del menor, poner limitaciones o declarar incapaz a aquel cónyuge para poder representar a sus hijos menores en los actos de la citación para el inventario y en el de la comparecencia ante el Comisario para presenciar la práctica de aquél? Sería, en verdad, un absurdo y, por tanto, inadmisible. Practicado lo más y que en realidad es donde se acusaba mejor el peligro que corrían los intereses del menor, no tiene explicación racional que después, para lo menos, o sea al solo fin de presenciar el inventario de la herencia, que según vimos no es más que una indeclinable consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal, haya de proveerse al menor de un defensor y que no pueda intervenir ya por él su padre o madre.

Consideremos ahora otros supuestos, que cabría llamar netos de partición de herencia por Comisario, o sea aquellos en que no hay que formalizar la liquidación de la sociedad conyugal y de gananciales, bien porque el causante de la herencia no estuviere casado; porque rigiera el sistema de separación de bienes o por otra cualquier causa.

Es un hecho que no puede desconocerse el de que la práctica cotidiana con rara unanimidad viene considerando preciso el nombramiento del defensor judicial aun en dichos supuestos de partición de herencia por Comisario cuando existen herederos menores sometidos a la patria potestad del cónyuge viudo, también heredero por su cuota vitalicia. Fúndase aquella práctica en la supuesta incompatibilidad de intereses, y con ello se cree acatar la jurisprudencia de nuestro Centro directivo. Mas estimo que es necesario un examen, aunque sea breve, de las Resoluciones recaídas en este punto.

Es cierto que en las que en seguida se reseñarán, y que son las únicas que he podido encontrar, reconoció nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado la necesidad de que se nombrase el citado defensor judicial y que se le citare para la práctica del inventario; pero deben ser observadas las circunstancias concurrentes en los casos resueltos.

De las de 5 de octubre de 1906 y 22 de julio de 1912, aparece que el Comisario y el viudo solos, conjuntamente y al mismo tiempo,

practicaron la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de herencia.

Del estudio de la de 4 de diciembre de 1912 resulta que la viuda, uno de los Comisarios y un acreedor del finado practicaron también conjuntamente los tres y al mismo tiempo la liquidación de la sociedad conyugal y la partición de herencia, y que a pesar de ello se dijo que la viuda fué citada para el inventario, a más de por sí, en nombre de sus hijos menores.

Y por último, en el caso sobre que recayó la Resolución de 13 de mayo de 1916, los Comisarios y el viudo, por sí solos, y también conjuntamente, practicaron tanto la liquidación de la sociedad conyugal como la partición de herencia. Consta, además, que el viudo renunció a su cuota vidual, no así a sus aportaciones y parte en los gananciales, en pago de cuyos haberes le fueron adjudicados bienes. Se otorgó la correspondiente escritura de aprobación y HALLÁNDOSE PRESENTES los cuatro hijos y herederos, todos menores de edad; pero una, casada y asistida de su esposo, manifestaron que habían sido citados oportunamente para inventario, extremo éste que también confirmó el viudo en nombre de sus tres hijos, que no estaban emancipados.

La doctrina sentada por la Dirección en las examinadas Resoluciones no puede ser más lógica; en todos los casos resueltos el cónyuge viudo había intervenido en la partición de herencia de su fallecido consorte, CONTRATANDO en nombre y en interés propio, y por ello el Centro directivo estimó que no podía, además, llevar en el mismo contrato la representación legal de sus hijos menores sometidos a su patria potestad, ni actuar, por tanto, en nombre e intereses de ellos, ya que entre unos y otros intereses existía la natural o humana incompatibilidad o antagonismo; era, por tanto, necesario que en tales casos se hubiere recurrido a nombrar el correspondiente defensor judicial de los menores, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 165 del Código civil (11).

Pero entre el supuesto de que el cónyuge viudo intervenga en unas operaciones particionales como parte CONTRATANTE y aquel otro en que sólo interviene en la formación del inventario, que realiza otra persona, no él, y en el que actúa no pactando o estipulando,

(11) Algo análogo ocurrió en los casos de las Resoluciones de 17 de julio de 1915 y 1 de octubre de 1921, habiendo apreciado en ésta, la Dirección, un acto de enajenación.

sino como EXPECTADOR, con voz, pero sin voto, puede decirse, existe una PROFUNDA DIFERENCIA, que no puede despreciarse ni pasarse por alto.

Para resolver la cuestión planteada hay que presentar el problema de que se trata con toda nitidez y aislado de cualquier otro. Esto es considerar el solo supuesto de una simple partición de herencia, que ha de realizar por sí solo el Comisario nombrado por el testador, en la que está interesado como heredero un menor de edad sometido a patria potestad y cuyo padre o madre, que la ejerce, también es heredero. Al tener que citar el Comisario para la formación del inventario al menor y a su padre o madre indicado, hay que resolver si éste puede actuar por sí y además por su hijo, a quien legalmente representa, tanto en la citación para dicho inventario como en la concurrencia al mismo, si se decide a intervenir, ya que es potestativo.

La solución depende, a su vez, de tener que resolver previamente si entre padre e hijo, en tal caso, existen intereses idénticos o análogos, o iguales aspiraciones, por ser los del uno y los del otro intereses meramente coincidentes o concurrentes, o por el contrario, si se trata de intereses contradictorios o antagónicos, y por ello puede darse la oposición o colisión entre los mismos. De la conclusión a que se llegue dependerá la necesidad o no del nombramiento del defensor judicial.

No existe norma o precepto alguno que aclare con carácter general cuándo son y cuándo no incompatibles los intereses del padre y del hijo.

Tampoco conozco Resolución alguna sobre el caso concreto de la partición por Comisario de que se trata.

Existen, en verdad, algunas de nuestro Centro directivo en que se resolvió que no había conflicto de intereses, por ser éstos idénticos (la de 17 de julio de 1903), o por tratarse de pretensiones de idéntica finalidad (31 de mayo de 1909), o porque se advirtiera identidad de aspiraciones (6 de julio de 1917). Pero como indicamos, ninguna se refiere especialmente a nuestro supuesto.

A pesar de esta carencia de elementos o antecedentes precisos para resolver tal cuestión, existe algo de gran importancia y que es de gran utilidad para el fin que perseguimos.

El maestro don JERÓNIMO GONZÁLEZ, con su indiscutida autoridad, para que pudiera distinguirse entre CONCURRENCIA y OPOSICIÓN de

intereses, sentó la regla siguiente (12): «Existirán *intereses opuestos* en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales, que sino fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo.»

Tratemos de aplicar a nuestro caso esa tan sabia norma doctrinal. Creo que debemos comenzar por descartar o desechar la mera citación para el inventario. No sólo se trata de una diligencia puramente formalaria en la mayor parte de los casos, sino que en sí mismo es siempre perfectamente inocua. Además, no creo sea lícito entorpecer la actuación del Comisario o contador-partidor por una simple sospecha de contradicción de intereses, y con menor motivo si se tiene en cuenta que los citados para el inventario pueden luego asistir o no al acto para el que se les invitó. Por análogas razones tampoco es admisible pueda quedar en suspenso la función de partir aludida mientras se provee al menor por sus familiares del defensor judicial, ni menos que se pretenda obligar al Comisario a que realice por sí mismo las gestiones judiciales pertinentes a tal fin.

Situémonos ya en el momento de la formalización del inventario. Para poder sostener que en él se puede presentar la colisión de intereses, entre los del padre y los del hijo constituido en su patria potestad, sería preciso se nos demostrase previa y cumplidamente que de la sola intervención del padre, en la doble representación, pudiera resultar una atribución directa o indirecta de bienes al mismo que llevare como consecuencia un posible beneficio para el padre en tanto en cuanto el hijo representado sufriere un correlativo perjuicio.

Pero es fácil observar que tanto ese inventario como las demás operaciones de la partición hereditaria de que se trata las realiza por sí solo el Comisario y que por ello no es al repetido padre (o madre) a quien corresponde la «decisión normal» del asunto. Luego no existiendo siquiera la más remota posibilidad u ocasión de que el padre pueda, como vulgarmente se dice, «arrimar el ascua a su sardina» no se ve por parte alguna el conflicto de intereses ni menos el posible perjuicio para los del menor. Huelga, por tanto, el nombramiento e intervención del Defensor judicial.

Se trata, por tanto, de concurrencia de intereses, y, como afirma el autor citado, la simple coincidencia de intereses no autoriza para

(12) «Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil. El Defensor judicial», tomo III, págs. 250 y siguientes.

solicitar el nombramiento de un defensor, ya que en múltiples supuestos, añade, la concurrencia de intereses más bien será una garantía de la gestión paterna que un motivo de recusación.

Tampoco puede darse en la intervención de que se trata un supuesto de autocontratación que reclamare el nombramiento del repetido defensor según el mismo citado don JERÓNIMO GONZÁLEZ.

JUAN RUIZ ARTACHO
Registrador de la Propiedad.