

## Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

EL PRINCIPIO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 739 DEL CÓDIGO CIVIL, NO DEBE INTERPRETARSE CON TAN ABSOLUTO RIGOR QUE IMPIDA LA COEXISTENCIA DE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS, COMPLEMENTARIAS O ACLARATORIAS, Y HA DE ARMONIZARSE SIEMPRE CON EL 675.

SI BIEN LOS CONTADORES PARTIDORES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL TIENEN AMPLIAS FACULTADES PARA INTERPRETAR Y CUMPLIR LA VOLUNTAD DEL TESTADOR, TALES FACULTADES NO ALCANZAN A DECLARAR, POR SÍ, NULO E INEFICAZ UN TESTAMENTO DEL CAUSANTE O ALGUNA DE LAS CLÁUSULAS EN QUE ORDENE LA DISTRIBUCIÓN DE LA HERENCIA, NI A PRESCINDIR DE LOS DERECHOS SUCESORIOS CONCEDIDOS POR EL PADRE AL HIJO ILEGÍTIMO —COMO SE HACE EN EL PRESENTE CASO—, YA QUE TALES CUESTIONES CORRESPONDEN A LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

*Resolución de 18 de diciembre de 1951.—(B. O. de 29 de enero de 1952.*

Don ....., falleció el 18 de diciembre de 1936, en estado de casado con doña ....., de cuyo matrimonio quedaron siete hijos legítimos; el causante otorgó testamento el 27 de julio de 1918 ante el Notario de Sevilla don Diego Angulo Laguna, en cuya cláusula tercera legó el usufructo vitalicio del tercio de libre disposición a su esposa, y, en la cuarta, instituyó únicos y universales herederos en pleno dominio, por iguales par-

tes, a sus hijos y a los demás que pudiera tener de su matrimonio, y, a su esposa, en la cuota legal usufructuaria, estableció que se considerase como una explotación agrícola-industrial el negocio de vino que llevaba; ordenó que se adjudicase proindiviso a sus herederos, y, respecto de la parte que fuere adjudicada como del tercio de libre disposición, mandó que no pudiera ser enajenado ni gravado durante diez años, a partir de su muerte ni aun con autorización judicial; en la cláusula quinta nombró albacea a su esposa y en la sexta prohibió la intervención judicial y nombró Contador partidor a don Ramón Ortega Velázquez, «para que por sí o valiéndose de las personas que libremente designe, practique el inventario, aprecio, liquidación, división y adjudicación de los bienes de su herencia y de su sociedad conyugal y todas las operaciones precisas para dejar ultimada su testamentaría, otorgando al efecto las escrituras públicas que fueren procedentes».

El 12 de mayo de 1936 otorgó en Madrid otro testamento ante don Luis Sierra Bermejo, en cuya cláusula primera manifestó estar casado en primeras nupcias y tener de su matrimonio siete hijos; en la cláusula segunda manifestó tener un hijo nacido en Lisboa el 19 de noviembre de 1929 llamado ....., cuyo nacimiento fué inscrito en el Registro Civil de Lisboa y transcrito en el Consulado General de España en Portugal; en la cláusula tercera ordenó: «Siendo la voluntad expresa del compareciente la de cumplir los deberes jurídicos con arreglo al artículo 43 de la Constitución de la República Española que impone, en cuanto a los hijos habidos fuera de matrimonio, las mismas obligaciones que respecto a los nacidos en él declara: que reconoce como hijo al citado niño, al cual mediante este reconocimiento, concede desde este mismo momento los derechos que las Leyes otorgan a los hijos nacidos de matrimonio, sin reserva ni limitación de clase alguna, y de una manera concreta los que enumera el artículo 114 del Código Civil». El 31 de agosto de 1943, ante el Notario de Sevilla don Rafael González Palomino, la viuda y el contador partidor don Ramón Ortega Velázquez, protocolizaron el cuaderno en que constaban las operaciones de liquidación de sociedad conyugal y la partición de los bienes del causante, redactado bajo la dirección del Letrado don Ramón Sánchez Pizjuán; en el supuesto tercero, bajo el epígrafe «De la Ley testamentaria de esta sucesión», se expresa que lo es el testamento de 27 de julio de 1918, pues el

posterior no pudo producir la revocación tácita a que se refiere el artículo 739 del Código Civil, ni la expresa, pues de él se deduce la voluntad del testador de confirmar el primer testamento, bien meditado y minucioso, mientras el segundo se reduce al reconocimiento de un hijo extramatrimonial y al deseo de equipararlo, con arreglo al artículo 43 de la Constitución a los legítimos, por lo que, de poderse considerar válido el reconocimiento, la disposición en favor del hijo ilegítimo ratifica la hecha en favor de los legítimos, y el segundo testamento no tuvo más finalidad que la de ser el instrumento público y solemne del reconocimiento con lo que ambos serían coexistentes; que para que la revocación tuviera lugar, el segundo testamento debe ser perfecto, y en este caso es totalmente imperfecto, por reducirse a un hecho que por sí solo no integra materia de su cesión y bien pudiera afirmarse que no es un verdadero testamento que además lleva aparejada desde su nacimiento su completa nulidad acrecentada en el momento del fallecimiento del testador, pues el reconocimiento con la trascendencia que se propuso no pudo tener validez en la fecha del otorgamiento por tratarse de meros preceptos programáticos constitucionales los invocados, ya derogadas en la fecha del fallecimiento del causante, por lo que las disposiciones relativas al hijo habido fuera de matrimonio son perfectamente nulas e ineficaces y porque la legislación vigente impide reconocer en favor del hijo cualquier derecho fuera del estricto de alimentos del artículo 139 del Código Civil, porque todas las normas matrimoniales del nuevo Estado son prohibitivas de ello e impiden absolutamente tomar en consideración, por nula e ineficaz, la disposición testamentaria», y el 23 de noviembre de 1944, don Ramón Ortega Velázquez, ante el citado Notario, otorgó una escritura calificada de «aclaración, complemento y subsanación en su caso», en la que manifestó que el segundo testamento no se desconoció en la escritura de partición, porque acredita el reconocimiento del hijo a quien corresponde el derecho de alimentos, que deberán abonársele tan pronto como los reclame conforme a la Ley; que aclara la escritura en el sentido de que la base para verificar la partición fueron los dos testamentos, «ambos perfectamente válidos y eficaces», de los que el segundo contiene unas disposiciones inoperantes por la derogación de las normas constitucionales, y otras válidas en cuanto al reconocimiento del hijo ilegítimo, por lo que la partición ha de entenderse aclá-

rada y complementada en el sentido de afirmarse la validez del segundo testamento, «declarándose dicha partición practicada con reserva y sin perjuicio de los derechos alimenticios que pudieran corresponder al hijo reconocido».

Presentadas las escrituras en el Registro de la Propiedad de La Palma del Condado, se calificaron con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del presente documento, por los siguientes defectos: Primero, haberse practicado las operaciones particionales comprendidas en el mismo de la herencia por fallecimiento de don ....., con arreglo al testamento que otorgó dicho causante el 27 de julio de 1918 ante el Notario de Sevilla don Diego Angulo Laguna, el cual, conforme a los artículos 675 y 739 del Código Civil, debe estimarse derogado por el que otorgó el mismo causante con posterioridad, el 12 de mayo de 1936, ante el Notario de Madrid don Luis Sierra Bermejo, pues ante los términos de este testamento, se debe considerar ser esa la voluntad más conforme con la intención del testador, ya que todos los interesados en dichos testamentos no los aceptan como válidos; segundo, que en el supuesto de admitirse la vigencia del primer testamento, aparecen practicadas dichas operaciones particionales por la viuda del causante y el contador partidor designado por el mismo, con exclusión total de los derechos del hijo que reconoció el causante en el segundo testamento, sosteniéndose la nulidad del mismo y en el que se dispuso por la cláusula tercera: «Que reconoce como hijo al citado niño, ....., al cual, mediante este reconocimiento, concede desde este mismo momento los derechos que las leyes otorgan a los hijos nacidos de matrimonio, sin reserva ni limitación alguna, y de una manera concreta los que enumera el artículo 114 del Código Civil», cuya exclusión, por ir contra la citada voluntad del causante, que constituye la legalidad testamentaria de la sucesión, determina la nulidad de dichas operaciones en las que no aparece cumplida la citación para el inventario, como exige el artículo 1.057 del Código Civil, por ser menor de edad el referido hijo; tercero, que habiéndose protocolado el citado cuaderno particional por escritura otorgada el 31 de agosto de 1943 ante el Notario de Sevilla don Rafael González Palomino, con posterioridad el citado contador partidor, por escritura otorgada el 23 de noviembre de 1944 ante el mismo Notario rectifica por sí solo el criterio de la nulidad del segundo testamento y exclusión total

de los derechos del hijo reconocido, para declarar la partición practicada con reserva y sin perjuicio de los derechos alimenticios que pudieran corresponder al hijo reconocido, para cuya escritura carece de personalidad el contador partidor por haber terminado el plazo de su cargo y no tener facultades para hacer declaraciones unilaterales sobre la interpretación de la voluntad del causante, en cuanto a la extensión de los derechos de los herederos, y careciendo la copia de dicha escritura de la nota de la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos reales, no puede admitirse, conforme al artículo 34 de la Ley del citado Impuesto.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, confirmando en el fondo el auto presidencial ratificatorio de la nota del Registrador en cuanto a los tres defectos impugnados, pues el cuarto, de carácter subsanable, no fué objeto de recurso, y por ello lo omitimos, declara no inscribible la escritura calificada, mediante la ajustada y razonada doctrina siguiente:

Que el principio establecido en el artículo 739 del Código Civil, de que el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte, no debe interpretarse con tan absoluto rigor que impida la coexistencia de las disposiciones testamentarias, complementarias o aclaratorias, según declara la Resolución de 18 de julio de 1947, y siempre ha de armonizarse con el 675, según el cual «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad», «y, en caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del causante», de todo lo cual se infiere que la última disposición testamentaria, de contenido muy concreto, puede estimarse compatible con la ordenación de voluntad manifestada anteriormente.

Que el testamento otorgado el 12 de mayo de 1936 no se reduce, como pretende el recurrente, a ser el documento indubitado en el que, conforme al artículo 140, párrafo segundo, del Código Civil, el padre reconoce la filiación de un hijo ilegítimo no natural, sino que, además, atribuye diversos derechos, unos fundados en el enunciado programático del artículo 43 de la Constitución de 1931, que no tuvo plena efectividad en cuanto a la asimilación de hijos legítimos e ilegítimos, y otros, consistentes en la concesión de derechos sucesorios, de índole patrimonial al hijo reconocido, capaz de suceder conforme

a los artículos 744 y 745 del mismo Código, que no implican limitación de la legítima correspondiente a los herederos forzosos, en cuanto sea inferior al tercio de libre disposición, establecido en el artículo 808, párrafo tercero.

Que los contadores partidores a que se refiere el artículo 1.057 del Código civil tienen amplias facultades para interpretar y cumplir la voluntad del testador, y, al efecto, pueden hacer las declaraciones unilaterales necesarias, pero como resolvió, entre otras, la Sentencia de 18 de mayo de 1933 no con su libérrimo arbitrio, sino con sujeción estricta al testamento, que constituye la norma fundamental de la sucesión, y sin que tales facultades alcancen a declarar, por sí, nulo e ineficaz un testamento del causante o alguna de las cláusulas en que ordene la distribución de la herencia, ni a prescindir de los derechos sucesorios concedidos por el padre al hijo ilegítimo como se hace en el presente caso, ya que tales cuestiones corresponden a los Tribunales de Justicia.

Que, por fundarse en la nulidad e ineficacia del segundo testamento, el contador no reconoció como coheredero al hijo ilegítimo, menor de edad, cuando practicó el inventario de los bienes, aunque su citación era obligada en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.057 del Código civil que la preceptúa como garantía para el caso en que haya herederos menores de edad o sujetos a tutela, y cuya inobservancia, aceptada la coexistencia de ambos testamentos, constituye un defecto subsanable según la jurisprudencia de este Centro.

Que admitida la autonomía y facultades del Contador para interpretar las disposiciones testamentarias ha de reconocerse que la escritura de 23 de noviembre de 1944 otorgada como aclaración de la de partición, con la que cumplió su función el Contador, en fecha en la que había transcurrido el plazo para el ejercicio de su cargo, resulta contradictoria con la de partición, porque en ésta se afirma la «completa nulidad» del segundo testamento, «que el primero era el único vigente para regular la sucesión» y «que las disposiciones en favor del hijo extramatrimonial eran perfectamente nulas e ineficaces», mientras que en la de aclaración consta que la distribución de la herencia se había formalizado en vista de los dos testamentos, con reserva de los derechos alimenticios que corresponden al hijo ilegítimo, derechos, además, que carecen de toda determinación, ya

que su extensión queda sin precisar, no obstante, lo prevenido en los artículos 142, párrafo segundo y 143, número cuarto, párrafo segundo del Código civil.

Que los artículos 34 de la Ley del Impuesto de Derechos reales, y 254 de la Ley Hipotecaria ponen de relieve que el título adolece del defecto consignado al final del tercer motivo de la calificación del Registrador, en cuanto carece de la correspondiente nota de la Oficina Liquidadora que acredite el pago o exención del Impuesto.

\* \* \*

Comienza la Dirección por ratificarse en su doctrina de la posibilidad de coexistencia de disposiciones testamentarias, complementarias o aclaratorias, expuesta en su decisión de 18 de julio de 1947 (véase esta Revista, pág. 700 dicho año); y partiendo de la idea de que en el segundo de los testamentos otorgados por el causante no solamente se contrajo éste al reconocimiento de la filiación de un hijo ilegítimo no natural (párrafo segundo, artículo 140, C. c.), sino que le atribuyó diversos derechos, unos de orden programático, que no han tenido efectividad, y otros de índole sucesorio-patrimonial, a éstos, por virtud de los artículos 744 y 745 del Código civil, ha de otorgárseles vigencia en cuanto no implicando limitación a la legítima de los herederos forzosos, caben dentro del tercio de libre disposición (párrafo tercero, artículo 808).

No es posible reducir a unos escuetos límites el problema. Y si como con singular precisión de frase y concepto afirmara Julián Dávila («Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad», número 209-1945, REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO), «la titularidad de los bienes del causante corresponde, en términos generales, tanto a los herederos, por ser de libre elección del causante (art. 658), como a los legitimarios, que son designados por la Ley, sea o no conforme a la voluntad del testador (art. 806)», ¿cómo negarle a ese hijo ilegítimo no natural —al que en su justificable afán polemizador unas veces le concede el recurrente sólo derecho a alimentos, mientras otras, para fundamentar la autorización del cuaderno particional, parece equipararle a los propiamente naturales, según después veremos—, o mejor a ése instituido en el segundo de los testamentos, «al que el testador concede los derechos que las leyes otorgan a los hijos nacidos de matrimonio,

sin reserva ni limitación de clase alguna, y de una manera concreta los que enumera el artículo 114 del Código civil, es decir, los de los artículos 806-808; su cualidad o título de heredero en una parte alícuota igual a la que por legítima corresponda a los hijos habidos en su matrimonio por el causante?

Uno de los argumentos de más sutileza e ingenio de los empleados por el expresado Notario recurrente y al que precedentemente aludimos, fué el de que aun en el supuesto de que el hijo ilegítimo tuviese derechos superiores al de alimentos, la partición practicada por el Contador era firme y no podía rescindirse de conformidad a lo establecido en el artículo 1.080 del Código civil.

¿Pero es que ese artículo es de aplicación para tal suerte de particiones? Fijémonos en su texto: «La partición hecha con preterición de alguno de los herederos —expresa— no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los *otros interesados*; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda.»

Es decir, que está redactado y contempla única, exclusivamente, el llamado principio de *manidad* en la partición efectuada por *todos los herederos* — art. 1.058— y, por tanto, al producirse una *omisión*, mejor que *preterición* escribiríamos, en la concurrencia de aquéllos, es de aplicación el transcrito artículo.

Si así no fuera y el repetido texto se extendiera a los supuestos del art. 1.057, no queremos ni pensar sobre el uso o *abuso* que se pudiera hacer del mismo.

Por ello, con franqueza hemos de resaltar que a nuestro modesto juicio a ese magnífico Considerando tercero, que delimita las facultades de los Contadores, le faltó una alusión específica, directa, referente a la extensión y alcance de ese art. 1.080, para evitar toda suerte de confusionismos.

Es como en lo procedente a la protección registral del art. 15 de la Ley Hipotecaria para los derechos de ese hijo ilegítimo. Tampoco recoge esta interesante alegación del Notario el Centro directivo, y es de lamentar, puesto que con su peculiar tecnicismo y maestría seguramente nos hubiera orientado sobre el ámbito y efectividad del debatido artículo.

Para Dávila —trabajo citado—, el mismo va dirigido sólo al Derecho común, sin perjuicio de las alusiones, muy breves por cierto —dice—, que se hacen al Derecho foral. Para Roca, «lo que en el



fondo movió al legislador a regular el aspecto hipotecario o registral de las legítimas fué el problema que surge, principalmente en Cataluña» (*Derecho Hipotecario*, t. II, pág. 668), y aunque afirma que lo acertado hubiera sido concretar ese art. 15 a la legítima catalana, no ha sido así, puesto que implícitamente alude a la legítima de los regímenes jurídicos de los otros territorios, siempre que reúna aquellos dos caracteres de tratarse de legítima de cuota y que el heredero se halle facultado para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles.

Por eso La Rica había apuntado sagazmente (*Comentarios...*, nota a la pág. 173), «...que no es fácil precisar en la legislación común quiénes pueden ser estos legitimarios, a no ser que la ley se refiera al supuesto excepcional del párrafo segundo del art. 1.056 del Código, en el caso de que el testador haya nombrado Contador-partidor y prohibido la intervención judicial en la testamentaria, o al del párrafo segundo del art. 840 del mismo Código, referente a la cuota que los hijos legítimos han de satisfacer a los naturales».

Leyendo todo esto nos explicamos la argumentación del recurrente, sobre la que —insistimos— nos hubiera complacido conocer el criterio de la Dirección.

Finalmente, si la escritura aclaratoria otorgada por el Contador, en fecha en que había transcurrido el plazo para el ejercicio de su cargo, no hubiera estado en contradicción con la de partición por el mismo precedentemente formulada, estimamos debió ser considerada válida. Tratándose de puntos oscuros o deficientemente redactados en una escritura de esa clase, no vemos por qué no pueda el Contador-partidor, aun caducado su mandato, otorgar el oportuno documento aclaratorio, que lejos de vulnerar puede y viene a beneficiar los derechos de los herederos.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad