

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXV

Octubre 1949

Núm. 257

T e s t a m e n t o - p a r t i c i ó n ⁽¹⁾

R E S U M E N

Partición hecha por el testador.—Examen del artículo 1.056 del Código civil y de la Sentencia de 6 de marzo de 1945.—Origen y naturaleza de esta partición.—Derecho romano y Derecho extranjero.—Derecho histórico nacional.—Requisitos del testamento-partición.—Personas que pueden otorgarle.—Artículos 1.075 del Código civil y 889 del Proyecto de C. de 1851.—Opiniones de los autores.—Discordancia entre la partición y el testamento.—Reglas interpretativas.—Requisitos formales.—Utilidad de esta forma de testar.—Doctrina y jurisprudencia.—El problema desde el punto de vista práctico-legal.—Conclusiones.

Partición hecha por los cónyuges.—El problema en la jurisprudencia francesa.—Idem en el Código civil.—La naturaleza de los bienes gananciales.—Doctrina y jurisprudencia.—Artículos 1.417 y 1.433 del Código civil.—Resoluciones de la Dirección.—Artículo 1.414.—Conclusiones.

Rescisión del testamento-partición.—Doctrina.—Jurisprudencia.—Conclusiones.—Examen comparativo de los artículos 1.056, 1.074 y 1.075 del Código civil.—Derechos de los profesionales en cuanto al testamento-partición.

El testamento-partición tiene interés notarial por la determinación de las personas que pueden otorgarle, la forma en que se debe realizar y los efectos jurídicos y económicos que produce.

Su fundamento legal se halla en el artículo 1.056 del Código

(1) Este trabajo es un apartado del capítulo IV de *El ejecutor testamentario en el Derecho comparado* (*Tratado teórico-práctico de particiones*). Obra de muy próxima publicación.

civil español, estando también recogido o admitido por el Derecho extranjero, según luego veremos.

La jurisprudencia dictada sobre el particular es siempre consecuente: el testador puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 1.056, sin más que respetar la legítima de los herederos forzados, puesto que los derechos de éstos, según sabemos, son de orden público y se imponen por encima de la voluntad del testador.

Históricamente, el origen de este tipo de partición se halla en Roma, en la titulada «división inter liberos», de acuerdo con la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1945, citando a tales efectos como antecedentes el capítulo VII de la novela XVIII, a la que debemos añadir el III de la novela CVII. Colin y Capitant señalan a los mismos fines la primera novela y el capítulo primero, en lugar del tercero de la CVII.

Esto nos prueba que el origen de la institución es el mismo en todos los Derechos romano-franceses; pero, en cambio, su desarrollo posterior ha sido distinto, más fiel a la tradición en el extranjero que en nuestro Derecho nacional. Así lo prueba el hecho de que los Códigos francés e italiano (el antiguo Código, puesto que el moderno se asemeja más al nuestro) se refieren, a este respecto, a la partición hecha por el padre entre sus hijos, mientras que el artículo 1.056 del Código civil español trata de toda clase de testadores, si bien en el párrafo segundo existe una alusión especial al padre de familia, pero sin que para él se haya dictado el precepto, que tiene un alcance general.

Conforme a la Sentencia aludida de 6 de marzo de 1945, las disposiciones del Derecho romano pasaron a nuestro Derecho histórico a través de la ley VII, título primero de la partida VI, y IX del título XV de la misma partida.

Igual sistema fué admitido por los tratadistas anteriores al Código civil, quienes, a falta de preceptos que la prohibieran, consideran lícita la partición de bienes hecha por los padres entre sus hijos, si bien exigiendo que fueran acompañadas de la entrega o «*traditio*» y teniéndola por revocable hasta la muerte del testador, o más propiamente, del donante.

Según la Sentencia tantas veces repetida, la institución procede del Derecho francés, de cuyo Código pasó al español y otros

europeos y americanos bajo dos formas distintas: el testamento-partición y la donación-partición, siendo la primera la verdadera partición testamentaria.

El Código español, al recibir este sistema, le amplió, extendiéndole a toda clase de testadores.

Del texto del artículo en cuestión se deduce que cualquiera que sea la forma que adopte, intervivos o mortis causa, se tratará siempre de un acto de última voluntad, ya que la Ley habla de «testador» y no de «difunto», como hacía el proyecto de Código de 1851 en su artículo 889.

Empero, a estas conclusiones se oponen las teorías de Roca Sastre y en parte las de Marín Lázaro, como veremos más adelante, pues según aquel tratadista («Estudios de Derecho privado», tomo II, pág. 379), está facultado para hacer la partición todo causante, incluso muriendo intestado.

Los argumentos que Roca Sastre emplea a estos efectos son poco persuasivos, fundándose en que el proyecto de Código de 1851 hablaba de «difunto», y lo mismo ocurre con el artículo 1.075 del Código civil. Naturalmente se puede objetar, como lo hace Abadalejo en su trabajo «Dos aspectos de la partición hecha por el testador» («Anuario de Derecho civil», fasc. III, tomo I, págs. 922 y siguientes), que se trata de «difunto» ciertamente, pero de difunto que ha querido hacer uso, y lo ha hecho, del artículo 1.056.

El testador de que se ocupa este artículo no deja de ser difunto después de haber muerto, como todos los demás, pero antes fué testador, circunstancia que no acompaña a los que fallecen intestados. De tal modo debe interpretarse el referido artículo 1.075. La palabra «difunto», que en él se usa, no tiene motivos para que prevalezca en rango sobre la de «testador», empleada en forma reiterada por los artículos 1.056, 1.057 y 1.058 del Código civil, máxime cuando no son incompatibles, pues lo que ocurre es que cada uno de estos preceptos se refiere a momentos cronológicos distintos: el 1.075, concretamente, a fecha posterior a la defunción del testador, y de aquí que le llame difunto, cuando la partición realizada por aquél ha cobrado toda su eficacia y es ya irrevocable e inmodificable, como consecuencia de su muerte. En cambio, en las hipótesis de los artículos 1.056 y 1.057, especialmente en el primero, la partición hecha no pasa de ser un proyecto, puesto que es refor-

mable hasta el momento en que fallece, circunstancia indispensable para que se le tenga y llame «difunto».

En fin, la sentencia aludida de 6 de marzo de 1945 confirma la misma teoría, sin que sea obstáculo para ello la de 1903, pues ni en el espíritu de sus autores ni en la interpretación que da el Supremo tiene aquel fallo sentido distinto. De todas formas, el problema se halla siempre resuelto como consecuencia de haberse dictado dos sentencias acordes (las de 1917 y 1945) sobre el mismo punto, según previenen las de 7 de enero de 1924, 30 de junio de 1925 y 21 de abril de 1926, sin que la de 13 de junio de 1903, aun concediéndose criterio opuesto, pueda prevalecer, como dispone el Tribunal Supremo en los fallos antedichos por tratarse de una sola sentencia.

Por los motivos expuestos, es decir, por tratarse de un acto de última voluntad, el Tribunal Supremo tiene declarado (sentencias de 13 de junio de 1903 y 6 de marzo de 1917, confirmada por la de 6 de marzo de 1945) que el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 1.056 supone o requiere un testamento previo o posterior a la partición, la cual puede constar en documento privado, conforme a la citada sentencia de 1945, pero siempre que en el testamento ulterior se refiera el causante a ella, participando por su naturaleza testamentaria de la revocabilidad a que están sometidos todos los actos de este género, según nos dicen las sentencias de 9 de julio de 1903 y 9 de julio de 1940.

Esto se entiende, como es natural, con las excepciones que representan los artículos 177 y 827 en relación con el 1.271.

Pero como la partición y el testamento pueden realizarse, como queda dicho, en momentos distintos, puede ocurrir que no coincidan, planteándose el problema de cuál de estos actos debe prevalecer. En realidad, el problema deja de serlo en cuanto se le aplique el artículo 675, pues es indudable que la voluntad del testador es la fuente del Derecho Sucesorio y a ella debe ajustarse la interpretación. La fecha de los respectivos documentos puede ayudar a ello, habida cuenta de que el posterior, si es distinto, supone una modificación del precedente. Pero no obstante, la materia es discutida por la doctrina: Valverde, en su «Tratado de Derecho Civil» (págs. 578 y sigs.), estima que, caso de discordancia, debe prevalecer el testamento sobre la partición, siendo de este

parecer De Diego («Instituciones de Derecho Civil», págs. 264 y siguientes) y Sánchez Román en los «Estudios de Derecho Civil» (páginas 1.896 y sigs.), entendiendo este autor que el testamento es la «ley de la voluntad del testador», «mientras que la partición no pasa de ser su ejecución más o menos fiel», por cuyo motivo, en el supuesto de contradicción, debe darse preferencia al primero.

Esto sitúa el probelma en el ámbito del referido artículo 675 del Código. De lo que se trata siempre es de saber cuál ha sido el verdadero propósito del testador para atenerse a él estrictamente. El testamento, a nuestro juicio, no es la «ley de la voluntad», sino la ley de la sucesión, como dicen la doctrina y la jurisprudencia; pero esto no nos excusa de investigar el verdadero deseo del causante para atemperar a él todo el mecanismo de la sucesión. Además, debemos tener en cuenta que del testamento, o en un sentido más amplio de la disposición de última voluntad, forma parte integrante la partición hecha por el de «cuius», y no nos parece que existan motivos para dar preferencia, sin más, a uno de estos actos sobre el otro, perteneciendo ambos al mismo grupo de los testamentarios, en los cuales la voluntad del interesado es la que impone verdadero respeto.

Esto tiene un área de aplicación casi indiscutible cuando la partición es hecha por el testador con aquellas formalidades previstas en el artículo 688 del Código civil o en el 672, en relación con el precedente, pues entonces la supradicha partición estará protegida por las disposiciones que amparan los testamentos ológrafos, aun cuando en el testamento público de fecha anterior o simultánea y en el que el causante haga referencia al acto particional, establezca alguna diferencia.

Así, pues, nuestra opinión podemos resumirla de la siguiente manera:

1.º La partición hecha por el testador forma, con su testamento, un solo cuerpo jurídico, aunque se verifiquen estos actos por separado y en momentos distintos.

2.º Por virtud de lo que antecede, los dos actos expresan la voluntad del testador.

3.º Su interpretación debe hacerse de acuerdo con el artículo 675, haciendo prevalecer la intención sobre las palabras.

4.^º No existe razón alguna «a priori» para otorgar preferencia a un acto sobre otro, caso de discordancia.

5.^º Empero la fecha de los respectivos documentos puede servir a estos efectos, dando preferencia al más moderno sobre el más antiguo.

6.^º Como elemento auxiliar de la interpretación deben utilizarse los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, en cuanto sean aplicables al caso.

Otro problema que sugiere el artículo 1.056 es el referente a si la partición realizada por el causante debe o no ir acompañada de algún requisito desde el punto de vista formal.

El repetido artículo habla de actos inter vivos y mortis causa, y la jurisprudencia todo lo que requiere es que se confirme por medio de un testamento, pero no que forme parte de él. Incluso el documento particional puede ser privado, conforme autoriza la sentencia de 6 de marzo de 1945, última dictada sobre el particular.

De ser así, el artículo 1.056 supone una excepción a la regla general contenida en el artículo 672, puesto que puede tratarse de documentos privados que no contengan las características exigidas a los testamentos ológrafos, pese a lo cual producen efectos en el orden sucesorio. Sin embargo, este es el criterio que debe prevalecer, y así está dispuesto por la repetida sentencia de 1945, estimando que este tipo de documentación está amparado por el artículo 1.056, no siéndoles aplicables, por tanto, las prescripciones del 672.

Sobre la utilidad de la partición hecha en vida por el causante se han suscitado largas y viejas controversias que se remontan al capítulo VII de la Novela CVII, en la que Justiniano expresa su hostilidad frente a ella.

Bonet y Ramón, en su estudio de la jurisprudencia del Supremo, dice que la partición hecha en vida por el causante responde a un triple fin (moral, jurídico y económico) y que por su virtud desaparecen la mayor parte de los inconvenientes que Losana atribuía a la división de la herencia realizada por los herederos, tenida por uno de los actos más delicados del derecho sucesorio, causa de

frecuentes agravios y perjuicios para los interesados. «Por lo contrario —añade—, cuando es el padre o testador el que realiza aquel acto, como conoce las necesidades e intereses de sus hijos y sucesores, puede hacer la distribución y adjudicación del caudal de la manera más conveniente y ventajosa para cada uno de ellos.» Lo mismo viene a decir Manresa en las páginas 684 y siguientes del tomo VII de su «Derecho civil».

Entendemos nosotros que el asunto deja poco margen a la discusión. Lo que ocurre es que este tipo de particiones ha sido poco estudiado por los tratadistas, como muy bien dice Marín Lázaro en la «Revista de Legislación y Jurisprudencia» de 1944, aunque tampoco el estudio hecho por este autor no nos suministre ideas muy felices, ni siquiera se respeten las tradicionales, ya que, en su opinión, la partición hecha por el causante no requiere la existencia de un testamento, contra el sentir unánime de la doctrina y la jurisprudencia.

Verdad es que Marín Lázaro se refiere en su trabajo a otras clases de partición que vienen a ser autorizadas por los artículos 1.271 y concordantes del Código; pero en estos casos no se trata de una partición propiamente dicha, puesto que no comprende la universalidad de los bienes, sino una parte alícuota de los mismos, integrantes de la herencia cuando ésta todavía no es herencia, de conformidad con los artículos 657 y 659 del Código civil, donde se dice respectivamente: «Art. 657. Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten «desde el momento de su muerte.» «Artículo 659. La herencia comprende «todos» los bienes, derechos y obligaciones de una «persona, que no se extingue por su muerte.»

Se tratará, pues, entonces de una donación, y su forma habrá de ajustarse a la de este negocio jurídico, según previene la sentencia francesa de 13 de junio de 1892 en relación con el art. 931 del Código civil de aquel país. Pero tratándose de donación no podrá comprender la totalidad de los bienes y derechos del causante, como expresamente prohíbe el artículo 634 de nuestro Código civil, y, por consiguiente, el acto estará carente de aquella nota de universalidad que distingue a la herencia, y, por tanto, a la partición que con fundamento en ella se haga.

Pero aun limitando el negocio jurídico a su alcance económico, dicha donación, aun hecha por actos intervivos, tiene una

naturaleza especial, siendo revocable hasta la muerte del testador—salvo la excepción que representa el artículo 827 del Código—, porque a este momento tiene que referirse, habida cuenta de que hasta entonces no puede verificarse la transmisión de los derechos partidos o distribuidos en vida.

A nuestro juicio, y evitando digresiones, el problema debe ser planteado en los siguientes términos: o se acepta la utilidad de la partición hecha en vida por el causante, o se suprime del Código todo el mecanismo referente a los albaceas y testamentarios, y más especialmente a los contadores-partidores, porque si éstos sólo actúan en representación del testador y ejecutando en su nombre los actos que les fueron encomendados, ¿qué base jurídica ni práctica podría hallarse a una representación en la que el representado carece de facultades que encomendar a tercero, ya que «nadie puede dar lo que no tiene», y aun se considera que esas facultades, en el supuesto de que las tuviera, son inconvenientes, impropias o inadecuadas, y deben suprimirse de nuestra legislación?

Sin embargo, todos conocemos la vieja tradición que tiene el cargo de comisario o contador-partidor de la herencia, así como los numerosos beneficios que en la práctica proporciona esta institución. Por su virtud, las discordias entre los herederos, tan frecuentes en el momento de dividir los bienes relictos, no hallan ocasión de manifestarse, y aquéllos se encuentran ante una situación de hecho y de derecho creada por el comisario que provoca en su ánimo el quietismo de los actos consumados, o sólo se atreven a impugnarlos en el caso de que exista verdadero perjuicio en su contra.

Pero esto, que tan recomendable se encuentra tratándose del contador, ¿ofrecerá menos utilidad cuando sea el causante de la sucesión el que realice las mismas operaciones de división y adjudicación del caudal que integra su herencia? Evidentemente que no; evidentemente, por lo contrario, que el testador podrá verificar todos esos actos aún con más perfección que el comisario que nombre, puesto que conoce con más detalle las necesidades y conveniencias de sus herederos, y sabrá adaptar a ellas mejor los actos participiales que realice.

Por otra parte, si el comisario realiza todas las operaciones inherentes a su cargo es por delegación o representación del testa-

dor, según las doctrinas que tradicionalmente se sostienen sobre este punto. Y ¿cómo—volvemos a preguntar—puede el testador delegar en otro unas facultades que no tiene? Pero ¿es que realmente no las tiene? He aquí cómo se nos ofrecen los hechos en la práctica jurídica.

Todo lo que limita la facultad testatoria del causante es el respeto que debe a las legítimas, conforme se deriva de la misma naturaleza de éstas, y ratifican los tratadistas, entre ellos Falcón («Derecho civil», t. III, pág. 441), Manresa («Código civil», t. VII, pág. 638), Castán («Derecho civil», t. IV, pág. 218), Roca Sastre («Estudios de Derecho privado», t. II, pág. 381), Scaevela («Código civil español», t. XVIII, pág. 445), etc. El Supremo ha estudiado lo mismo en numerosas sentencias, como las de 28 de diciembre de 1896, 17 de mayo de 1910, 22 de enero de 1913, 11 de marzo de 1922, 8 de mayo 1926, 3 de diciembre de 1931, 16 de febrero de 1932, 6 de julio de 1940 y 7 de enero de 1942, juntamente con las resoluciones de 22 de enero de 1898 y 14 de marzo de 1901, todas ellas citadas por Abadalejo en su mencionado trabajo. Fuera de las legítimas, o siempre que el testador las respete, puede éste disponer de su caudal como quiera. Pero el respeto a las legítimas se refiere a su cuantía, según el cómputo que se haga de su fortuna a la fecha de su muerte, según dispone el artículo 818 de nuestro Código, con las acumulaciones que preceptúa el último párrafo de este artículo. No se refiere, en cambio, a la forma de pago ni a los bienes que se pueden adjudicar a los legitimarios a estos efectos, ni siquiera al tiempo en el cual ese pago se realice; legado o donación, hecha por actos intervivos o mortis causa (arts. 815, 819 y concordantes del Código civil).

Por consiguiente, quedando a salvo los derechos de los herederos forzosos—los derechos de los mismos a la sucesión y no a los bienes que la integran, ya que no tienen derecho concreto sobre bienes concretos de ésta—, el testador es libre de ordenar la distribución de su caudal como le parezca y disponer se haga el pago de los derechos legitimarios con éstos o con los otros bienes, sin otra limitación que la de evitar todo perjuicio «cuantitativo» a los repetidos herederos forzosos. Este perjuicio está previsto en el artículo 1.056 del Código civil.

Pero además el mismo artículo nos habla de la partición por

actos intervivos o mortis causa. Y si supusiéramos que el testador no podía hacer ésta—lo cual es absurdo y va contra la libertad testatoria, reconocida en todos los Derechos, con las salvedades y reservas que quedan acotadas—, habría que reconecerle la otra, la cual, en su forma y efectos, se equipara a la donación, integrante de un acto de disposición, del que no puede despojarse a nadie, por muy causante que haya de ser en el porvenir de una herencia.

Por tanto, podemos resumir nuestra opinión de la manera siguiente:

1.^o La partición hecha por el testador es útil; pero si no se la considera así, y se tiende a suprimirla, debe suprimirse igualmente la encomendada a los contadores-partidores, ya que el fundamento de las dos es el mismo, o sea el de evitar querellas y discusiones entre los herederos en el momento de partir.

2.^o Si el testador no tiene facultades para hacer por sí mismo la partición, menos podrá tenerlas el comisario de la herencia, que actúa sólo en nombre y representación de aquél.

3.^o Aunque se suprimiera la partición mortis causa, siempre quedaría la hecha por actos intervivos, con la misma finalidad e igual trascendencia económica y jurídica que aquélla.

4.^o Este último sistema de partición equivale a una donación hecha en vida por el causante; y aparte de que no podemos explicarnos cómo no se puede dar para después de la muerte lo que se puede dar en vida, siendo así que la mecánica del Derecho positivo establece un criterio más amplio para el primer caso que para el segundo, la existencia de aquel modo de partir es irrefutable porque integra un acto de dominio de que no puede privarse el dueño de la cosa.

He aquí, pues, que el problema sólo se da en apariencia, pues cuando se estudia no en el artículo 1.056 del Código civil solamente, sino en la sistemática general del Derecho sucesorio, se advierte que la existencia de aquel precepto está justificada y garantizada por otros muchos, que, al suprimir el primero, tendrían igualmente que ser suprimidos, con todas las consecuencias jurídicas y prácticas que de una reforma de tal envergadura se tendrían que deducir.

Ahora bien; lo dicho respecto a los herederos forzosos tiene naturalmente un campo de acción más amplio y dilatado cuando es-

tos no existan, puesto que la libertad de testar y disponer entonces de los bienes es absoluta.

Cerrando aquí las discusiones sostenidas en torno al artículo 1.056, veamos algo de los problemas que pueden plantearse con referencia a las personas que pueden hacer uso del mismo, particularmente por lo que se refiere a los cónyuges, en tanto están casados y no se haya hecho entre ellos la liquidación de la sociedad conyugal.

Entre las conclusiones a que ha llegado la jurisprudencia francesa a este respecto figura la de que «antes de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no pueden ser objeto de partición los bienes que corresponden a cada uno de los esposos», según preceptúan las sentencias de 13 de noviembre de 1849, 23 de diciembre de 1861, 5 de junio de 1862 y 29 de noviembre de 1867, pero podrán hacer la partición conjuntamente, según autorizan las sentencias de 27 de julio de 1874, 16 de noviembre de 1875 y 25 de febrero de 1890.

Igualmente, cuando se trata de bienes dotales (teoría que será extensible entre nosotros a los parafernales), la mujer podrá repartirlos por actos mortis causa (sentencias de 31 de diciembre de 1883 y 1 de abril de 1908), aunque no por donación intervivos, ya que a ello se oponen los artículos 1.555 y 1.556 del Código francés.

Consignamos estas conclusiones por la aplicación que pueden tener en nuestro Derecho. Planiol estima que los preceptos relativos a la titulada partición de ascendientes, semejante a la prevista en nuestro artículo 1.056, contienen una laguna del Derecho. «La Ley exige—dice este autor—que sea posible determinar la parte correspondiente a cada uno de los esposos, casados bajo el régimen de comunidad de bienes, para que puedan practicar la mencionada partición de ascendientes. En el estado actual del Derecho positivo no existe medio hábil para llegar a este resultado; la parte del que hace la distribución no se puede determinar hasta el momento de su muerte, y cuando realiza la partición por donación o por testamento ignora qué bienes le corresponderán en el porvenir, conforme a las sentencias de 13 de noviembre de 1849, 23 de diciembre de 1861 y 29 de noviembre de 1897.»

Por consiguiente —añade—, de acuerdo con la jurisprudencia

en tales circunstancias sólo cabe la partición conjunta de los cónyuges.

Pero a su vez este sistema pugnará con el texto de los artículos 968 francés y 761 italiano, en los cuales, a semejanza de lo que dispone nuestro artículo 669, se prohíben los testamentos mancomunados o hechos conjuntamente.

De ahí que las partes tengan que recurrir para tales efectos a la donación intervivos, según hemos dicho antes de ahora y resulta de las sentencias de 29 de noviembre de 1851 y 16 de noviembre de 1885. Algunos tratadistas españoles no se ocupan del problema, limitándose a proclamar que la facultad del testador en este sentido (en el que reconoce el art. 1.056 del C. c.) es omnívima, sin otros requisitos que los de que la partición sea hecha por él y que no perjudique la legítima de los herederos forzosos, de acuerdo, por otra parte, con la sentencia de 28 de diciembre de 1896.

La jurisprudencia exige igualmente que el testador haga uso de esa facultad en forma «clara y concreta» (sentencia de 14 de marzo de 1901), y que vaya precedida o seguida de un testamento, de conformidad con lo previsto en las sentencias de 13 de junio de 1903 y 6 de marzo de 1917, ratificadas por la de 6 de marzo de 1945.

Hasta aquí aparece soslayada la cuestión que nos ocupa; pero la resolución de 15 de octubre de 1915 plantea el problema en toda su integridad. En ella se dice que para que pueda ser aplicable el artículo 1.056 del Código «es necesario que los bienes distribuidos sean propios del causante; es decir, que estén en su disponibilidad, pues de otro modo las facultades concedidas al mismo para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio se harían extensivas a derechos ajenos con el pretexto de hallarse íntimamente ligados con los suyos».

Estas afirmaciones se relacionan con el problema, tan hondamente discutido, de la naturaleza de los bienes de la comunidad conyugal, respecto a cuyo asunto hallará el lector opiniones para todos los gustos en las obras de Manresa, De Diego, Roca Sastre, Castán, etc., y en las de los extranjeros, entre los cuales pueden servir de ejemplo Chironi, en su monografía «Comunidad de ganancias entre los cónyuges»; Ferrara, en la «Persona jurídica»; Stolfi, en su «Derecho civil»; Roguin, en «El Derecho civil compa-

rado», y Messineo, en «La naturaleza jurídica de la comunidad conyugal».

El criterio de la jurisprudencia española se encuentra en las resoluciones de la Dirección General de 13 de septiembre de 1922, 12 de marzo de 1924 y 13 de noviembre de 1926, cuyas declaraciones culminan en las resoluciones de 30 de junio y 19 de octubre de 1927, en las que se dice que «la comunidad de bienes entre marido y mujer» crea un estado de derecho «que impide la división de aquéllos durante el matrimonio, con atribución de los poderes de disposición al marido a título oneroso, y en ocasiones a título lucrativo, y excepcionalmente a la mujer».

Sobre esta base resulta jurídicamente imposible que ninguno de los esposos pueda hacer uso del artículo 1.056 del Código civil durante la vida conyugal; de conjunto, porque nuestra legislación prohíbe los testamentos mancomunados, e individualmente, porque antes de partir tendría que hacerse la liquidación de la comunidad, la cual sólo se disuelve por muerte de uno de los esposos o en los casos previstos en los artículos 1.417 y 1.433 del repetido Código.

El problema se agrava más teniendo en cuenta las resoluciones de la Dirección, relativas a la necesidad de liquidar previamente la sociedad conyugal para que pueda inscribirse a nombre del esposo supérstite, y por consiguiente, a nombre de sus respectivos herederos, los bienes que hayan correspondido a cada uno de los casados al término de su matrimonio.

Esta doctrina, totalmente intransigente en su origen, aparece suavizada con la declaración del artículo 93 del Reglamento hipotecario, de 14 de febrero de 1947, cuyos precedentes se hallan en las resoluciones de 24 de abril de 1885, 4 de enero de 1893, 21 de abril de 1895, 5 de mayo de 1908, 4 de noviembre de 1914, 15 de febrero de 1915, 22 de octubre de 1928, 30 de mayo de 1933, 8 de noviembre de 1944 y más particularmente en la de 14 de diciembre del mismo año. En ésta se permite la inscripción directa en el Registro de los bienes de uno de los cónyuges, si se acredita de modo fehaciente el carácter privativo de los mismos, sin necesidad de la previa liquidación de la sociedad conyugal.

Pero aparte de que este sistema se armoniza mal con las conclusiones de la sentencia de 10 de diciembre de 1901, donde se es-

tablece criterio distinto, aunque hoy, por efecto de los nuevos preceptos legales, el problema ha de resolverse a favor del primer procedimiento, o sea del previsto en el artículo 93 del Reglamento hipotecario y jurisprudencia concordante, es evidente que las cuestiones jurídicas que establecemos prevalecerán cuando se trate de bienes de la sociedad de gananciales, de acuerdo con las resoluciones de 5 de abril de 1893, 29 de abril de 1902 y 10 de diciembre de 1910. En su virtud, será indispensable la previa liquidación de la repetida sociedad conyugal; porque—como el Supremo dice—dicha sociedad o «comunidad de bienes constituye una entidad jurídica distinta a la del marido y mujer» (sentencia de 22 de mayo de 1915, radicalmente contradicha por la resolución de 2 de diciembre de 1929), y «la valuación definitiva de gananciales, para los efectos de su distribución, no puede hacerse hasta que la sociedad se disuelve», conforme a las sentencias de 8 de noviembre de 1893, 9 de octubre de 1905 y otras muchas que iremos reseñando.

¿Cómo entender y aplicar estos preceptos? Si los esposos no son dueños durante el matrimonio de los bienes que integran la comunidad, ¿quién es el dueño? Y si no es posible, por reducción al absurdo, que haya otros propietarios—como dice la mencionada resolución de 2 de diciembre de 1929, ratificadora de las de 12 de mayo de 1924 y 30 de junio de 1927—, ¿cómo no conceder a los esposos las facultades necesarias para que dentro de ciertos límites puedan disponer de dichos bienes aun constante el matrimonio?

De aceptar la teoría contraria resultaría inaplicable en la mayor parte de los casos, como hemos dicho, el artículo 1.056 del Código civil, puesto que su radio de acción habría de limitarse a los bienes propios del marido o de la mujer, y aun esto después de cumplir las obligaciones subsidiarias que pesan sobre ellos, lo cual a su vez nos situaría en el punto de partida: necesidad de liquidar la sociedad conyugal para saber si dichos bienes, aun siendo propios, están o no afectos a responsabilidades que reduzcan, limiten o impidan en absoluto su disponibilidad.

Ello no es normalmente posible. El artículo 1.056 tiene que tener un ámbito más amplio que el que resultaría de la aplicación estricta de todos estos principios.

En el artículo 1.414 encontramos una declaración terminante: «El marido—dice este artículo—no podrá disponer por testamento

sino de su mitad de gananciales», siendo este precepto aplicable, como es lógico, a la mujer, no sólo por hallarse así previsto por la resolución de 17 de noviembre de 1917, en la que se declara que «los derechos de la mujer permanecen durante el matrimonio en estado potencial o latente», sino como consecuencia también de los principios generales del Derecho.

Por consiguiente, si cada uno de los esposos puede disponer de un modo global por testamento de su mitad de gananciales, ¿qué inconveniente jurídico existe para que lo haga diferenciando o determinando por medio de las oportunas hijuelas la porción que quiere se atribuya en aquella mitad a cada uno de sus herederos?

Cierto que no podrá prejuzgar el resultado de la liquidación de la sociedad conyugal determinando la parte matemática que les será atribuída sobre los bienes que integran aquella comunidad, de acuerdo con las sentencias de 15 de diciembre de 1896, 27 de octubre de 1909, 27 de mayo de 1915 y 1 de abril y 24 de mayo de 1916, donde expresamente se dispone: «Para saber si hay gananciales en una sociedad conyugal es absolutamente indispensable que preceda la liquidación del caudal, porque sólo después de tal liquidación puede averiguarse si existe remanente que constituya haber, cuya propiedad deba atribuirse y ser adjudicada a los partícipes.» Y la resolución de 29 de abril de 1902, de términos todavía más cautelosos, estatuye sobre el particular: «El pertenecer una finca a la sociedad conyugal no significa que disuelta ésta pertenezca por igual a ambos cónyuges, puesto que está sujeta, como todos los demás bienes gananciales, a lo que resulte de la liquidación de la sociedad.»

Pero aparte de que estas declaraciones se han visto contradichas por otra jurisprudencia, lo cual es perfectamente comprensible, dada la discutidísima naturaleza que por todos los tratadistas y los Tribunales se atribuye a la comunidad de bienes durante el matrimonio, y como ejemplo de ello señalamos las sentencias de 28 de enero de 1898 y 6 de febrero de 1912, parece evidente que aunque no se admita la existencia de un condominio entre el marido y la mujer, la «titularidad de dichos bienes corresponde a los cónyuges, en cuya cabeza residen *in actum* las facultades dominicales sobre los mismos hasta que por efecto de la división y li-

quidación oportunas aparecen los esposos o sus herederos como titulares autónomos y libres».

Así discurre Roca Sastre en su estudio «Sobre la comunidad de gananciales», en el que, aparte todos sus méritos, no hace más que recoger y repetir viejos conceptos de nuestra jurisprudencia, especialmente de la contenida en las resoluciones de 19 de octubre de 1900 y 17 de noviembre de 1907, donde se proclama la «potencialidad y latencia» de los derechos que durante el matrimonio corresponde a los esposos sobre el haber de la sociedad conyugal.

La declaración más expresiva sobre este particular la hallamos en la resolución de 19 de octubre de 1927, a la que pertenecen los párrafos que siguen:

«Para aplicar el mencionado principio a los bienes propios de la sociedad de gananciales debe tenerse presente la naturaleza de dicha comunidad, que sin constituir una verdadera personalidad jurídica distinta a la del marido y la mujer, funciona como masa patrimonial, afecta a fines peculiares del matrimonio y se refiere «a bienes que tanto pueden atribuirse privativamente al marido como a la mujer llegado el caso de la liquidación».

»Como consecuencia de esta concepción, que ha hecho pensar a muchos en una propiedad «in solidum», parece lícita la afirmación de que los bienes gananciales, mientras no sean adjudicados a persona determinada, pertenecen en su totalidad al marido, con reserva de los derechos correspondientes a favor de la mujer, o en su totalidad a la mujer, con las limitaciones impuestas por el derecho correlativo del marido, y forman un grupo patrimonial de régimen ambiguo.»

Ahora bien; ¿cuáles son en principio esos derechos correlativos del marido y de la mujer, cuyo respeto se impone mutuamente a los cónyuges por esta resolución? En principio—repetimos—, y salvo las circunstancias especialísimas que pueden concurrir en algunos matrimonios, esos derechos son los previstos en los artículos 1.426 y concordantes del Código civil, que atribuyen a los esposos y a sus herederos la mitad de los gananciales que resulten al ser liquidada la sociedad conyugal.

Este derecho es sagrado e inviolable para cada uno de los cónyuges.

yugues, y exige de su parte la obligación de respetar el del otro. Pero en cuanto en el testamento no dispone el testador más que de sus bienes gananciales, o sean de los que resulten a la fecha de la liquidación, ¿qué inconveniente legal existe para que lo haga? Evidentemente que ninguno, puesto que la misma Ley lo autoriza al decir en su artículo 1.414 que «el marido (o la mujer, toda vez que las situaciones jurídicas son iguales) no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales».

Nótese que *esta disposición* tiene que ser ordenada o acordada, según impone la más elemental hermenéutica, antes de liquidar la referida sociedad, esto es, constante el matrimonio y perseverando las relaciones jurídico-económicas conyugales, puesto que, una vez liquidada aquella sociedad, ya no dispondrá el causante de bienes gananciales, sino de bienes propios, perdiendo desde este momento el carácter específico que les estaba atribuido y entrando en el comercio de los hombres con las cualidades comunes a todos los bienes.

Concluiremos, pues, diciendo que el marido y la mujer pueden disponer por testamento, aun durante el matrimonio, de su mitad de gananciales, conforme autoriza el precitado artículo 1.414. Pero no solamente podrán hacerlo de un modo genérico o global, sino también de manera específica y determinada, señalando por medio de las correspondientes hijuelas los bienes o la parte de ellos que deban adjudicarse a sus herederos para pago de sus haberes, o adjudicárselos el causante directamente partiendo de la base legal (art. 1.424 del Código civil) de que el remanente líquido de la sociedad habrá de dividirse en su día por partes iguales. En todo caso podrá adjudicarles el crédito que sobre dichos bienes corresponda al testador, siquiera su determinación numérica quede subordinada a lo que resulte de la referida liquidación, salvo que el exceso de adjudicación — que también es posible — se estime como legado de cosa ajena, aplicando a este punto la doctrina que contienen los artículos 861 y siguientes de nuestro Código civil.

Cualquier sistema será admisible, a nuestro juicio, menos el de suspender y anular la aplicación del artículo 1.056, a pretexto de interpretarle y aplicarle, mucho más cuando en este artículo se habla de «padre», y sólo es padre, en el concepto ortodoxo que

tiene la paternidad, el que mediante el matrimonio obtiene una prole que le suceda.

Otra cosa sería si el Código hablase de viudo, o simplemente de testador, como hace el párrafo primero del mismo artículo, porque entonces, al no referirse la Ley expresamente al casado, se podría tratar de excepcionar su hipótesis, con fundamento, en que no estaba prevista en la Ley.

Téngase en cuenta para todo esto, como dice el artículo 659 del Código civil, que la herencia, conforme hemos adelantado, comprende «todos los bienes» y derechos de una persona, entre los cuales han de estar comprendidos necesariamente los que el testador tenga sobre el haber de la sociedad conyugal; y que, según aclara la Sentencia de 13 de junio de 1903, con referencia al tan citado artículo 1.056, «la distribución de bienes hecha al amparo de dicho precepto es para aplicarla "después de la muerte"», en cuya fecha, como es natural, ya podrá determinarse exactamente la parte que al cónyuge testador le pertenece en la sociedad de ganancias o en la comunidad de bienes del extinto matrimonio.

Con todo, ¿damos el problema por definitiva y satisfactoriamente resuelto? De ningún modo. Escogemos de las soluciones que pueden arbitrarse la única que creemos está conforme con el espíritu del artículo 1.056, puesto que su aplicación resultaría una utopía, si para hacer uso de él se exigiese el requisito previo de la liquidación de la sociedad conyugal, la cual no puede hacerse constante el matrimonio, según previene el Código, con las excepciones consignadas en el artículo 1.417, y que por su singularidad no interesan al caso.

Por otra parte, la reiterada jurisprudencia dictada en contemplación al repetido artículo 1.056, para nada se refiere a la imposibilidad de que los cónyuges hagan uso del mismo, de donde debe deducirse la afirmativa, como consecuencia del clásico principio de que «donde la Ley no distingue, no es lícito distinguir»; principio que halla su confirmación viendo que al «padre» y, por consiguiente, al marido o a la mujer, según hemos dicho, es a quien hace relación concreta o directa el mencionado precepto.

Esto no obstante, algunos escritores, como Manuel González Rodríguez, Notario que fué de Madrid, en artículo publicado por la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO del mes de marzo de 1937,

considera indispensable para estos efectos que se practique antes la liquidación de la sociedad conyugal; pero arbitra un sistema o procedimiento intermedio, permitiendo el concurso de ambos cónyuges, aunque sólo sea a fines de determinar, «dividiendo y partiendo», pero no «adjudicando», como dice Clemente de Diego, el caudal que constituye el haber de dicha sociedad.

Funda el autor su opinión en la Sentencia de 28 de enero de 1918, en la que se dice que «si bien es cierto que hasta la disolución del matrimonio y la liquidación de la sociedad conyugal no puede saberse si hay ganancias o pérdidas, tal doctrina sólo tiene eficacia cuando se trata de hacer efectivos los derechos invocados por los partícipes en las ganancias que se supongan realizadas, pero no cuando, constante el matrimonio, surge controversia sobre la naturaleza de determinados bienes, en cuyo caso hay que atenerse para resolverla a las reglas que gobiernan el régimen económico del matrimonio y definen los bienes comunes y los propios».

Nos parece totalmente anómalo el procedimiento ideado por este autor de la previa liquidación hecha en vida por los cónyuges, aun cuando sólo sea a efectos de «partir» y «no adjudicar», como dice el Sr. González, copiando a De Diego; y hasta ignoramos cuándo y por qué medio, si en escritura pública o en documento privado, antes o al tiempo de otorgarse el pretendido testamento, etc., etc., ha de hacerse esa supuesta liquidación, no prevista ni regulada en ningún artículo del Código civil, antes bien, expresamente prohibida por el mismo, en cuanto sólo la permite en los casos de que trata el artículo 1.417.

No estamos, pues, conformes con esta opinión; pero la misma cita que hace el repetido González de determinada jurisprudencia nos permite llegar a conclusiones más amplias que las que él propone.

En efecto; si, constante el matrimonio, «debe determinarse la naturaleza de los bienes conyugales por las reglas que rigen económicamente a aquél y definen los bienes comunes y los propios», es indudable que los esposos podrán hacer en vida esa calificación, reputando como gananciales los que por su origen y naturaleza merezcan tal consideración jurídica, por aplicación mental de lo dispuesto en los artículos 1.401 y siguientes del Código, puesto

que lo que está admitido y reconocido respecto a terceros no puede negarse a los protagonistas o actores de la sociedad conyugal.

Naturalmente, empero, que esa calificación no ha de tenerse por definitiva, ya que esto requiere la disolución y liquidación de la sociedad, y tales actos, conforme hemos dicho y repetido, sólo pueden practicarse en las hipótesis del artículo 1.417. Pero tampoco sostenemos nosotros cosa distinta, puesto que reiteradamente hemos dicho que la partición hecha por el cónyuge de su mitad de gananciales tiene que quedar subordinada a la condición «sine qua non» de que realmente tengan ese carácter los bienes que en su testamento inventarió. En síntesis, la opinión de Manuel González revela la inquietud del profesional que no puede conformarse con la aplicación limitada y estrecha que algunos tratabistas pretenden dar al artículo 1.056; pero la fórmula que para ello habilita es tan exótica en nuestro Derecho y de naturaleza tan anormal, que si no existiera más procedimiento que ése, respecto al que tampoco nos dice el autor cómo se ha de cumplir, tendríamos que concluir diciendo que cuando el testador está casado es impracticable la aplicación del artículo 1.056, con lo cual llegaríamos a una solución totalmente opuesta a la que se propone el Sr. González.

En la práctica profesional, varias veces hemos acometido y resuelto el problema con el mismo criterio que propugnamos: el testador ha comparecido ante nosotros, hecho el inventario de los bienes, atribuyendo a cada uno el carácter que le corresponda, según su origen y naturaleza, y ha realizado luego la partición entre sus hijos y descendientes, partiendo de la base de que respecto a los bienes propios no existe obstáculo alguno en cuanto a la titularidad que sobre ellos le corresponde, y por lo que se refiere a los gananciales, su participación habrá de ser, en principio, la mitad de los inventariados, siempre que los supuestos establecidos a la fecha de hacer la partición no sufran modificación en el momento de liquidarse la sociedad conyugal.

Este sistema no hace más que adelantar los acontecimientos que normalmente deben presumirse, puesto que, sin margen casi de error, la disolución del matrimonio producirá los mismos efectos.

tos económicos y jurídicos que el testador la atribuyó en su testamento. Ciento que, en ocasiones, esos cálculos pueden no hallar confirmación en la realidad; pero la excepción, aparte lo extraordinario de su naturaleza, demuestra la existencia de una regla general, a la que debemos ajustar nuestros actos en la necesidad imprescindible de ampliar el radio de acción del artículo 1.056.

Cuando las previsiones y cálculos hechos por el testador no tienen su confirmación en la realidad, el testamento experimentará la reforma consiguiente. Pero el inconveniente que señalamos no es exclusivo de la partición hecha por el esposo constante el matrimonio, sino que es aplicable a todos los casos en que se hace uso del artículo 1.056, ya que nada impide que alguno de los bienes inventariados y adjudicados sea vendido más tarde o desaparezca por cualquier otro título del patrimonio del causante, con lo que se dará la discordancia entre lo dispuesto en el testamento y la realidad jurídica y práctica.

Sin embargo, ¿tendremos esto por motivo bastante para que el testador no pueda hacer uso del artículo 1.056? En ese caso habría que eliminar dicho artículo del Código, puesto que desde el momento en que se hace la partición hasta aquel otro en que la partición adquiere eficacia jurídica por muerte del causante, los hechos se suceden y las operaciones jurídicas que pueden realizarse son infinitas, surgiendo como consecuencia de ello una disparidad, una divergencia, una contradicción entre el hecho y el derecho, que sólo podría limitarse prohibiendo el testador de este tipo—lo cual es imposible—todo acto de disposición posterior al testamento que hizo.

Por otra parte, el inconveniente que apuntamos no es tampoco exclusivo de los testamentos-partición, sino que resulta común a todos los casos en que el testador ordena el pago del haber de cualquier heredero con bienes determinados o dispone de mandas o legados de cosa específica; toda vez que esos bienes, existentes al tiempo del testamento, pueden no existir al de la partición, con lo cual surgirá un problema de naturaleza análoga al que estudiamos.

Lo que el testador debe hacer en todo caso es prever y prevenir aquellas hipótesis que normalmente pueden darse, resolviendo para cada una de ellas lo que estime más conveniente.

Así, por ejemplo, tratándose de la calificación y distribución de bienes gananciales, lo hará de acuerdo con las normas legales que regularmente se les deben aplicar; pero para la hipótesis de que no resulte así en la práctica, como consecuencia de sucesos que no pudo prevenir, ordenará que el crédito que sobre ellos tenía y del que dispuso sea pagado al heredero con otros bienes de la sucesión o en metálico, haciendo uso para ello del párrafo segundo del artículo 1.056.

De esta manera la partición no resultará definitiva hasta la muerte del testador; ¿pero es que sucede cosa distinta en los demás casos? Sólo la muerte determina el tránsito de los bienes del causante a sus herederos, y esta transmisión se concreta a los subsistentes a la fecha de este suceso, motivo por el cual las disposiciones a título singular que el testador ordene quedan siempre sujetas a la eventualidad de que los bienes sobre que versen prevalezcan en su patrimonio en el momento de abrirse la sucesión.

Todos cuantos discursos se arbitren sobre el particular nos conducen al mismo resultado: los inconvenientes del artículo 1.056 del Código civil no son exclusivos del mismo, sino generales y comunes a todas las disposiciones testamentarias. Estos inconvenientes no son bastantes para excluir a los cónyuges de su uso, porque ello limitaría de tal forma la aplicación del mencionado artículo, que equivaldría prácticamente a suprimirle de los preceptos del Código civil. Ante esta situación, el ánimo del profesional se siente movido a otorgarle un sentido distinto, más amplio y comprensivo que el supuesto por algunos tratadistas.

Muchas otras razones concurrentes al mismo fin podríamos alegar; pero la necesidad de poner término a este trabajo y el deseo de ocuparnos de algunos particulares más del testamento-partición nos obligan a dejar a un lado el tema propuesto y seguir estudiando el resto de los efectos de dicho testamento, señalados como propios por el Código y la jurisprudencia.

El primero de dichos efectos se refiere a la eficacia jurídica que tienen las particiones realizadas por el testador. En este aspecto del derecho sucesorio, como en todos los demás, rige el

principio de que la voluntad del testador es la Ley de la sucesión, sin limitación alguna cuando se trata de herederos voluntarios y con el respeto debido a las legítimas en el caso de que los herederos sean de esta última clase. Así resulta de los artículos 808 y siguientes, en relación concreta con el tan repetido 1.056, reiterados por una constante jurisprudencia, a la que pertenecen las Sentencias de 23 de noviembre de 1899, 1 de febrero de 1906, 17 de mayo de 1910, 5 de diciembre de 1921, 17 de abril de 1943, etc., y las Resoluciones, entre otras, de 12 de noviembre de 1895, 25 de noviembre de 1899, 18 de mayo de 1900, 11 de septiembre de 1907, 30 de abril de 1917, 10 de julio de 1920, 6 de marzo de 1923, 23 de julio de 1925, 12 de diciembre de 1927, 17 de marzo y 26 de noviembre de 1930, 11 de diciembre de 1929, 15 de julio de 1943, etc.

Insistimos en que todo lo que tiene que hacer el testador es guardar el respeto debido a las legítimas, y cuando así no lo hace, ya por omitir totalmente a uno de los herederos forzosos o ya por dejarle menos de lo que por la legítima le corresponde, surgen las teorías relativas a la querella de «inoficiosi testamenti» y a la acción «ad suplendam», cuyo origen se halla en el Derecho romano y cuya finalidad respectiva consiste, en el primer caso, en obtener la nulidad de la disposición testamentaria, por reputarse que ha sido otorgada por el causante en un rapto de locura, y en el segundo en conseguir el complemento de la legítima, rectificando las operaciones en lo que tienen de error y adjudicando al preterido parcialmente el complemento de lo que le adjudicó el causante.

La primera teoría es absoluta, excepto cuando se trata de cónyuge viudo, cuya preterición no produce la nulidad del testamento, y se relaciona con las doctrinas referentes a los póstumos y a los quasi-póstumos, estudiadas por los tratadistas patrios en diversos trabajos, de los que merecen destacarse: «De nondum concepti», suscrito por Lacal, en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, abril 1947; «La institución hereditaria en favor del "nondum concepti"», publicada por Luis Cardona en *La Notaría* el mismo año de 1947; «La eficacia de los llamamientos en favor de los nasciturus», de Roca Sastre, en la *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1946.

Pero, en realidad, estos efectos no son exclusivos del testa-

mento-partición, sino comunes a todas las disposiciones testamentarias, si bien en el artículo 1.056 tienen una consagración específica, según acredita el párrafo primero al decir: «Cuando el testador hiciere por actos intervivos o mortis causa...», etc. En cambio, es singular la doctrina referente a la rescisión de las particiones por lesión, de acuerdo con los artículos 1.073 y siguientes del Código civil, puesto que esta doctrina, aplicable a todo género de particiones, tiene su excepción cuando ha sido hecha por el testador, salvo que aparezca o razonablemente se presuma que fué otra su voluntad, y siempre dentro de los límites del respeto, que, como reiteradamente hemos dicho, se debe a la legítima.

Por consiguiente, aun cuando exista lesión de la cuarta parte para cualquiera de los herederos, las particiones hechas por el testador al amparo del artículo 1.056 del Código civil perseveran, lo cual es perfectamente lógico, porque siendo en él potestativo disponer de dos de los tercios que integran la herencia—el de mejora y el de libre disposición—, mejor podrá hacerlo en la cantidad que podría representar la supuesta lesión para el heredero forzoso.

Estas razones no aparecen debidamente apreciadas por Abadalejo en su citado trabajo, por cuanto estima que la rescisión procede siempre que exista discordancia entre la «partición», considerada independientemente, y el «testamento» que haga referencia a la misma. Según él, ésta es la interpretación que debe darse al artículo 1.075, cuando habla de «que aparezca o razonablemente se presuma que fué otra la voluntad del testador». Aquel «parecer» o esta «presunción» se deducirán—dice—de la respectiva discordancia. Sólo así entiende la «otra voluntad» de que hace mérito el Código civil.

De cómo deben interpretarse y aplicarse la partición y el testamento cuando no coinciden, ya hemos hablado antes de ahora, considerando ocioso insistir. En síntesis, no encontramos razones para que se conceda preferencia a aquélla sobre éste, debiendo interpretarse ambos conjuntamente, como integrantes que son de «una misma y sola voluntad», aunque se haya manifestado en momentos cronológicos distintos. No hay, pues, «otras» voluntades, como supone el Sr. Abadalejo, tomando el precepto literalmente, sino una voluntad sola, que, además, es la última. No se concibe

que nadie pueda morir con dos voluntades distintas. La palabra «voluntad» debe entenderse aquí en el sentido de «intención, ánimo o deseo», y no en el de «mandato, disposición o precepto», porque en este concepto—volvemos a repetir—no hay en el acto sucesorio más que una sola voluntad: la que resulte de la conjunción del testamento y del acto particional, o de la preferencia de uno sobre el otro, según los casos.

La tesis de que sólo puede entenderse el artículo 1.075 haciendo coincidir la repetida discordancia con la acción rescisoria por lesión, como dice el Sr. Abadalejo, nos parece muy limitada. La autorización del testador para dicha impugnación puede quedar establecida o deducirse de los actos del causante sin necesidad de que se dé la expresada circunstancia.

Tal ocurrirá, por ejemplo, cuando los bienes de que el testador haya dispuesto sufran un cambio en su valoración desde el momento en que se hizo la partición hasta el de su muerte. En tal caso, el testador puede disponer que se rectifique la partición buscando la proporcionalidad que haya establecido entre sus herederos, así como esa «voluntad» puede deducirse del testamento, como si dijera que instituye a sus sucesores en esta o en la otra equisava parte, y, como consecuencia del cambio de valores, ese propósito resultase malogrado. Pero todo esto acusa una discordancia, no entre el testamento y la partición, sino entre ésta y la realidad, o, por decirlo más propiamente, entre la realidad y la voluntad del causante, que es la que ha de presidir y regir todo el mecanismo jurídico y económico de la partición.

En suma: entendemos que los artículos 1.074 y 1.075 del Código civil no pueden equipararse a los efectos de la rescisión por lesión, como trata de sostener el Sr. Abadalejo en el último inciso de la página 959 y en la 960 y siguientes, pues de su propio texto se deduce que la actitud del legislador, en cuanto a los referidos preceptos, es distinta. El primero dice que «Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte...», mientras que el segundo se presenta como excepción de aquél al estatuir: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión», salvo en los casos expresamente previstos en el repetido artículo. Esta «previsión» resultaría totalmente excusada si al artículo 1.075 pudiera aplicarse el sistema

del 1.074, o, lo que es lo mismo, si aquél estuviese «dentro de la órbita de éste», como afirma el repetido Abadalejo.

Creemos, por lo contrario, que las órbitas de los referidos artículos son distintas; la del 1.075 más limitada, pero con la posibilidad de ser más amplia que la del 1.074. Según los términos de aquel artículo, la lesión no es causa de rescisión de las particiones hechas por causante, y así lo acredita el precepto al empezar, diciendo: «La partición hecha por el difunto *«no* puede ser impugnada por lesión». Relacionado este artículo con el precedente, se ve con toda claridad que constituye una excepción del mismo, pero tan expresa o explícita en sus términos, que el mismo sentido gramatical de las frases empleadas por la Ley nos pone en posesión de su espíritu, de acuerdo con los métodos interpretativos impuestos por la jurisprudencia en sus sentencias de 9 de julio de 1907 y 20 de enero de 1908. La única lesión que originariamente puede dar lugar a la rescisión de la partición es la que recae sobre la legítima, pero esta lesión no precisa ser de la cuarta parte, sino que cualquiera que sea su cuantía, la rescisión procede. En tal sentido, pues, el artículo 1.075 es más limitado y más amplio, a la vez, que el 1.074. Lo mismo sucede cuando la lesión no recae sobre la legítima o cuando se trata de herederos voluntarios: según el mecanismo del artículo 1.075, no procede la rescisión, salvo que el testador-partidor lo disponga expresa o tácitamente; es decir, salvo que aparezca o razonablemente se presuma que fué ésa su voluntad, según el texto de la Ley. Pero a su vez, en la hipótesis de que esa voluntad exista, no es indispensable que la lesión sea de la cuarta parte como el artículo 1.074 dispone para su caso, pues ningún precepto del Código impide que el causante establezca un módulo mayor o menor para calcular el perjuicio—siempre, como es lógico, dentro de las facultades generales dispositivas que autoriza la Ley—, y ya sabemos que *«Ubi lex non distinguere...»*, siendo, por otra parte, la referida voluntad la ley de la sucesión.

En cambio, en los supuestos del artículo 1.074 puede recurrirse siempre a la rescisión, pero para ello es indispensable que el importe del perjuicio originado al heredero rebase el valor de la cuarta parte de las cosas que le fueron adjudicadas.

Entre los artículos que comentamos existe la misma distancia que separa a los 1.069 y 1.070. Por el primero se imponen los debe-

res recíprocos de evicción y saneamiento a los herederos respecto a los bienes que fueron objeto de adjudicación; por el segundo, este deber cesa cuando «el testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca o razonablemente se presuma haber querido lo contrario y salva siempre la legítima». Este artículo se nos ofrece, pues, como excepción del precedente. Pero es de observar que las palabras que emplea son literalmente las mismas que usa el artículo 1.075, por cuyo motivo no puede negarse a éste el carácter de excepción con referencia al anterior de su mismo grupo. Ahora bien: todos sabemos que la excepción no se mueve en la órbita de la regla general, puesto que en este caso sería absorbido por ella, sino en una órbita distinta, propia e independiente.

Resumiendo, pues, podemos establecer las siguientes conclusiones:

1.º La partición hecha por el testador sólo puede ser rescindida, en principio, cuando perjudique la legítima de los herederos forzosos, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 1.075 en su relación con el 1.056. Recusamos la afirmación del Sr. Abadalejo de que este artículo sólo tenga «apariencias engañosas», en cuanto no impone a las facultades del testador para hacer la partición otro límite que el del respeto a la legítima: a), porque ése es el único límite que existe a sus facultades dispositivas (artículo 763 en relación con los 806 y siguientes), haga o no uso de su derecho de partir, y b), porque los términos del referido artículo son claros, quedando impuesta, por consiguiente, su interpretación y aplicación literal, de conformidad con las sentencias aludidas.

Si el testador puede disponer de sus bienes de un modo global, esto es, sin dividirlos, y adjudicarlos a sus herederos sin más limitación que la de respetar la legítima de los forzosos, no puede existir inconveniente alguno para que haga lo mismo y con idéntica libertad y eficacia partiendo y adjudicando su caudal a sus continuadores, de acuerdo con el Derecho positivo y el viejo aforismo de «donde hay una misma razón debe haber una misma disposición», según ratifican las sentencias de 13 de diciembre de 1913 y 13 de marzo de 1916.

2.º La partición es igualmente rescindible por lesión que no afecte a la legítima cuando el testador lo dispone así expresa ó tá-

citamente, o, lo que es lo mismo, «cuando aparezca o razonablemente se presuma que fué ésa su voluntad» (art. 1.075).

3.^º En el caso de que el testador lo disponga expresamente, no existe obstáculo legal para que pueda señalar como causa de rescisión una lesión inferior a la cuarta parte, prevista por el artículo 1.074, porque la voluntad del causante es la ley de la sucesión. Lo mismo debe ocurrir si del acto particional aparece o razonablemente se presume que ésa fué su voluntad (arts. 675 y 1.075, sentencias 10 de enero de 1934, 3 de junio de 1943 y 1 de junio de 1946).

4.^º No dándose los supuestos previstos en el número anterior, la lesión debe ser de más de la cuarta parte, puesto que en defecto de reglas especiales estatuidas por el causante, se aplicarán al caso las generales contenidas en el Código civil (arts. 1.074 y 1.075).

5.^º La lesión, en cuanto a la legítima, se determinará teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 818 y siguientes, donde se dice que «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador...» Entendemos nosotros que se trata de la legítima lata o de los dos tercios, e incluso de la totalidad de la herencia si no se establecen mejoras, conforme a las sentencias de 19 de abril de 1915 y 27 de diciembre de 1935.

En tal sentido, no creemos aplicables al caso las sentencias de 17 de abril de 1943, 8 de julio de 1940 y 22 de diciembre de 1944, que ordenan atenerse al valor de los bienes cuando sean adjudicados, puesto que esta adjudicación puede ser muy anterior a su delación, producida por la muerte del causante, y porque, además, el Código establece con referencia al caso que nos ocupa reglas (las del artículo 818) que deben cumplirse.

En cambio, tratándose de herederos voluntarios, la estimación o determinación de la cuarta parte se calculará teniendo en cuenta las normas de las referidas sentencias en relación con el inciso final del artículo 1.074.

6.^º La discrepancia o discordancia entre la partición y el testamento, no supone necesariamente lesión, como dice Abadalejo, y, por consiguiente, no es siempre causa de rescisión de las particiones hechas por el testador. Los dos documentos—partición y testamento—deben interpretarse de conjunto (art. 675, sentencias de 31 de enero de 1896, 14 de enero de 1898, 23 de septiembre de

1899, 6 de julio de 1904, 24 de noviembre de 1911, 28 de mayo de 1912, 30 de abril de 1913, 16 de enero y 31 de marzo de 1915, 23 de octubre de 1925 y 6 de marzo de 1946), indagando cuál sea la verdadera voluntad del testador (sentencias de 22 de marzo de 1905, 1 de febrero de 1906, 5 de enero de 1925, 8 de julio de 1940, 3 de junio de 1942, 11 y 13 de febrero de 1943, 6 de marzo de 1944 y 1 de junio de 1946), y ateniéndose a esa voluntad para determinar si se está o no en el caso de lesión, y más propiamente en el de rescisión por este motivo, pues bien pudo haber dispuesto el testador otra cosa.

7.º La disconformidad que integra lesión es la determinada entre el valor de los bienes cuando se hizo la partición y el que tengan a la fecha de la muerte del causante—legítima, art. 818—o a la de ser adjudicados—herederos voluntarios, art. 1.074 y sentencias referidas—, salvo que del testamento no aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador, conforme al artículo 1.075, ya que en este caso habrá que ajustarse estrictamente a lo que el repetido causante disponga u ordene, con la limitación representada por las supradichas legítimas.

Fuera de esto, es indudable que al caso le serán aplicables los motivos de rescisión que con referencia a los contratos se previenen en el artículo 1.073, y que en la hipótesis que estudiamos habrá que relacionarle con los artículos 673 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Finalmente, otra de las características del testamento-partición es la relativa al pago de los gastos que con su motivo se hayan ocasionado, principalmente en su aplicación a los profesionales que intervengan en la confección y protocolización del mismo.

Sabemos, en efecto, que el artículo 1.056 contiene dos actos jurídicos distintos, cada uno de los cuales está regulado por normas independientes.

Por lo tanto, pudiendo haberse hecho estos actos con independencia, según resulta de las sentencias de 13 de junio de 1903, 6 de marzo de 1917 y 6 de marzo de 1946, no hay inconveniente para que la ejecución del primero se haga por el mismo testador o éste la encomiende a terceras personas (en nuestro caso, profesionales).

cuyo derecho a la retribución es evidente, como consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.711, en el 908 y en los 1.542 y siguientes del Código civil, de conformidad con las sentencias de 24 de febrero de 1905, 16 de junio de 1907, 5 de diciembre de 1925, 8 de julio de 1927, 14 de mayo de 1929, 16 de febrero de 1935, 8 de febrero de 1940 y 18 de enero de 1941. Los mismos derechos corresponden al Notario que intervenga en las supradichas operaciones, de acuerdo con los preceptos legales citados y el artículo 139 del Reglamento de 1944, a lo que deben añadirse las resoluciones de 21 de enero de 1898, 2 de julio y 18 de octubre de 1929 y las sentencias de 26 de marzo de 1896, 15 de junio de 1900, 24 de febrero de 1905, 16 de junio de 1907, 5 de diciembre de 1921, 8 de julio de 1927, 14 de mayo de 1929 y 8 de febrero de 1940, algunas ya citadas.

La retribución que se adeuda es la pactada, y en su defecto, la que corresponda según «el uso o la costumbre del lugar», conforme a la jurisprudencia que precede.

Poco importa para el caso que los trabajos hayan sido ejecutados antes o después de la muerte del causante, porque el fundamento de su retribución no se halla en el momento en el cual se prestaron los servicios, sino en los servicios mismos, conforme establece la sentencia de 3 de marzo de 1904, en la que se les considera como «causa» de la contraprestación que debe realizar la parte favorecida con ellos.

La tesis contraria nos llevaría a quebrantar las reglas propias del mandato o del arrendamiento de servicios, naturalmente retribuibles cuando se trata de profesionales, conforme preceptúan las sentencias reseñadas, juntamente con las de 16 de febrero de 1935 y 18 de enero de 1941; constituiría un motivo de enriquecimiento injusto para el causante, quien recibiría el beneficio de los trabajos profesionales, sin compensación por su parte; se enervaría la «causa» del respectivo contrato, tal como hemos visto dispone la sentencia de 1904, y, en una palabra, enseñaría a los testadores el camino del fraude; porque pudiendo excusarse de abonar las particiones hechas en vida, serían muy pocos los que descuidaran esta diligencia, encomendando la ejecución de estos trabajos antes de morir.

Pero en todo caso, para que se estime que las particiones fue-

ron hechas, y surja la correlativa obligación de retribuirlas, es preciso, a nuestro juicio, y contra lo que autoriza la sentencia de 18 de enero de 1904, que encontramos de extremada lenidad, que el documento reuna todos los requisitos exigidos por las resoluciones de 26 de diciembre de 1893, 11 de septiembre y 6 de marzo de 1923, en las que se dice que la partición «supone como elementos de la misma: un caudal que dividir mediante riguroso inventario; el conocimiento de su valor, o sea la valoración de los bienes que integran dicho caudal; la liquidación del haber partible... y la distribución y adjudicación del haber que arroje esta liquidación»; criterio que reitera la sentencia de 31 de mayo de 1913.

La minuta de honorarios—no de derechos—devengada por este concepto se formula con independencia de la notarial (sentencias de 15 de junio de 1900, 5 de diciembre de 1927, 14 de mayo de 1929 y 8 de febrero de 1940), y contra ella no cabe recurso ante el Colegio, sino en todo caso ante el Juzgado, en la impugnación de honorarios que autoriza la ley Procesal, en cuyo concepto, es decir, en el de Letrado y no en el de fedatario, es librada la factura correspondiente.

Por último, para la regulación de los derechos notariales por la autorización del instrumento público debe tenerse presente lo ordenado en la resolución de 13 de noviembre de 1928, por cuya virtud dichos derechos son calculados con arreglo al número 2 del Arancel y no a los números 6 ó 10, según los casos.

Éstas son las cuestiones más importantes que nos sugiere la lectura del artículo 1.056 y concordantes del Código civil. Acaso se advierte la ausencia de algún otro problema; pero si hemos logrado establecer un poco de orden en los propuestos nos daremos por satisfechos. Nuestra opinión, en algunos aspectos, puede o no ser compartida. De todas formas, ha sido elaborada teniendo siempre a la vista el Derecho positivo y la jurisprudencia, auténticas fuentes de Derecho, procurando huir de sutilezas doctrinales, que antes complican que aclaran los problemas.

LUIS GÓMEZ MORÁN
Notario.