

Las «cláusulas de estilo» y el contador partidor

Al revisar la literatura jurídica a la busca de algún dato que añadir a mi próximo libro sobre el derecho de sucesiones, me encuentro con la sorpresa, siempre grata, de un artículo o "nota concentrada", como la llama su autor, el Sr. González Palomino, Notario de Madrid, inserta en el tomo II de los "Anales de la Academia Matritense del Notariado", correspondiente al año de 1946, donde aparece en las páginas 579 y siguientes, bajo el epígrafe general de "Estudios de arte menor sobre el derecho sucesorio", y el subtítulo particular que ampara este trabajito de "Una nueva cláusula de estilo: la de no estorbar".

El brevísimo estudio del Sr. Palomino (sólo consta de ocho páginas) redactado con el peculiar estilo de su autor, merece, no obstante su brevedad, el trabajo de un comentario, porque todo lo que sea, o pretenda ser una aportación al derecho, despierta el interés y mueve la atención de cuantos por devoción innata, que ha hecho madurar el ejercicio de la Carrera, vivimos consagrados al análisis y solución de los variadísimos problemas que plantea la vida jurídica.

De conformidad con este axioma, en la obra que proyectamos se hacen las correspondientes referencias a la del Sr. González Palomino; pero como éstas tienen que ser breves en razón a la generalidad de nuestro trabajo, y hasta es muy posible que no lleguen a conocimiento del "gran público", que más se pone en contacto con la Revista que con el libro, aprovechamos las columnas de ésta para la ejecución de nuestro fin, debiendo entenderse que cuanto decimos en este artículo está inspirado en la más objetiva imparcialidad, según el conocimiento que adquirimos en esta clase de temas, y sin que nos desagraden las innovaciones, pero siempre que se logren con arreglo a aquella línea de conducta, para nosotros la más perfecta, que arrancando del pasado

toma el presente como basamento para desde él poder atalayar y preparar el porvenir.

La obra del repetido Sr. González Palomino tiene mucha más amplitud que la que pudiera deducirse de la simple lectura de su epígrafe, puesto que con ocasión de analizar un tipo de problemas propios del derecho sucesorio, cuales son los derivados de la intervención del contador partidor en el acto particional de la herencia, da lugar al planteamiento de otros de no menor envergadura, como los referentes a la naturaleza y virtualidad de las tituladas "cláusulas de estilo", a las que nuestro compañero otorga una relevancia que, a nuestro juicio, no tiene confirmación ni en la práctica ni en la Ley.

De todas estas cuestiones y de alguna más que se le ocurre al mencionado autor, hemos de ocuparnos en el presente trabajo, permitiéndonos recomendar para cubrir las lagunas que en él se advierten la lectura de nuestro libro de referencia, donde se podrán hallar los datos históricos y jurídicos que se precisen para dar por bien madurado y razonado el tema; dicho sea por vía de información y sin faltar a la modestia.

* * *

Por "cláusulas de estilo" entiende el Sr. Palomino, que en este aspecto sigue la trayectoria marcada por José María Farré y Morego en su conferencia ante la citada Academia Matritense en el curso de 1944-45, "los pactos o disposiciones, que generalmente por iniciativa del Notario, se aceptan por las partes y se incrustan en todos los documentos de un determinado tipo", teniendo por objeto—según nos ilustra su autor—"substituir una norma de derecho dispositivo por una norma convencional, llenar una laguna de la Ley, desplazar una presunción de derecho o rectificar una interpretación de jurisprudencia"

Cuando las "cláusulas de estilo quedan amojamadas, y, por consiguiente, muertas", se convierten en cláusulas formularias.

El optimismo del Sr. González Palomino a este respecto es tan insigne que estima que los Notarios somos "en la vida jurídica actual los herederos de los jurisconsultos romanos y los que más creemos en la eficacia creadora de la técnica jurídica"

Respondiendo al mismo pensamiento, aunque con mayor amplitud en su radio de acción, Pascual Serres, en artículo publicado en la *Revista Jurídica de Cataluña*, correspondiente al número 411, año de 1947,

bajo el título de "El Congreso de Zaragoza y la evolución de la Jurisprudencia", se lamenta de que ésta no haya tenido en cuenta la labor del precitado Congreso, si bien afirma su confianza en que no tardarán en reaccionar nuestros Tribunales con arreglo a las conclusiones entonces aprobadas.

Pero a uno y a otro da respuesta firme y concluyente D. Rafael Rubio, Presidente de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en discurso pronunciado ante los aspirantes a la Escuela de la Judicatura, a cuya lección de magnífico sentido jurídico y de certera visión de la realidad, pertenecen estas frases: "Vuestras sentencias han de estar bien fundadas de doctrina y de acierto, muy claras, huyendo del barroquismo, que en el arte se podrá estimar, mas no en las resoluciones judiciales, que deben ser de pristina diafanidad, *sin citas de autores y sí tan sólo apoyadas en la Ley y en la Jurisprudencia*"; las dos fuentes que, juntamente con la costumbre, son admitidas como base del Derecho, según consagra la tradición y reitera Savatier en su "Curso de Derecho Civil", tomo II, segunda edición, publicada en 1947 y representando, por lo tanto, una de las obras más modernas escritas sobre el particular.

El Notario no es un jurisconsulto, sino un jurisperito o un profesor en Derecho, como dice el Reglamento Notarial, interviniendo en este concepto como mentor o consejero de las partes; pero esta misma función excluye la jurisprudencial, porque la jurisprudencia no aconseja, sino que resuelve, no dirige, sino que dirime, con todas las diferencias técnicas, jerárquicas y prácticas que median entre ambas actividades.

La historia, y aun la simple etimología de las palabras, acreditan las diferencias que señalamos. Así, el jurisperito es la persona que con conocimiento o pericia del Derecho pone sus servicios a disposición de los que le requieran, mientras que el jurisconsulto—de *iures* y consulta—era entre los romanos el técnico cuyas contestaciones tenían fuerza de Ley a partir de Adriano, siendo preceptivas para los jueces siempre que estuvieran firmadas y signadas por su autor, conforme a la legislación de Augusto, e integrando una de las fuentes del Derecho: *el ius nom scriptum*.

Exáminese y considérese el estado actual de las instituciones y veámos en cuál de las dos categorías—jurisconsultos y jurisperitos—corresponde encuadrar nuestra actividad profesional. Por mucho amor que sintamos por la Carrera, y le sentimos como el primero, nuestra pasión no puede llevarnos al extremo de atribuirnos una competencia

de que a todas luces carecemos, suponiendo que el instrumento público es fuente del Derecho, con virtualidad bastante, como dice el Sr. Palomino, para producir "una jurisprudencia y hasta una norma legal nuevecita", porque esa extensión e involucración de funciones—la notarial y la jurisprudencial—con ser ineficaz, expone a la escritura, a fuerza de querer dotarla de autoridad, a los peligros de una impugnación, con lo cual se le arrebatan o cercenan aquellas mismas garantías de que queremos verla rodeada mediante la estabilidad y seguridad de las relaciones jurídicas que en ella se contienen.

Las cláusulas de estilo, en cuanto quedan reducidas a su verdadera misión, que es la de resumir en fórmulas sintéticas todos los requisitos que deben acompañar a los instrumentos públicos, estereotipados de aquella manera para evitar olvidos que puedan determinar la nulidad del documento o la indefensión de cualquiera de los presupuestos legales o convencionales, tienen una existencia reconocida en nuestros despachos; pero en cuanto se suponga que mediante ellas se crea y elabora el Derecho, incluso contra el mismo Derecho constituido, la tenemos por una teoría expuesta a muchísimos errores.

Lo que sucede en este aspecto es que se olvida distinguir a la manera clásica, porque parece que todo lo clásico se halla hoy en decadencia, sumido por un espíritu renovador iconoclasta, entre los requisitos esenciales, naturales y accidentales de los contratos, cuando sobre éstos versa el documento público; porque observada esta distinción se echa de ver en seguida que las cláusulas de estilo que pudiéramos llamar vivas hacen referencia a los requisitos accidentales, y las muertas o "amojamadas" a los naturales, cuya omisión en la escritura puede y debe hacer el Notario, salvo pacto expreso de los otorgantes en contra, pues en el silencio de éstos se aplica en su integridad el texto de la Ley.

Así nos lo demuestra la enumeración que Palomino hace de las cláusulas de estilo que tiene por caducas, tales como la de estar a derecho en los poderes; la de evicción y saneamiento en la compraventa; la de la revocación de los testamentos anteriores, etc., etc. Estas cláusulas no han dejado de utilizarse—como afirma aquel compañero—"después de haber provocado su efecto útil", porque explicado así el proceso jurídico pudiera creerse que el legislador tomó del Notario el precepto, resultando que la evicción y saneamiento, por ejemplo, o la revocación de los testamentos anteriores por los posteriores perfectos, etc., fueron circunstancias que no se daban en el Derecho hasta que al feda-

tario no se le ocurrió introducirlas en el primer documento autorizado por él y reiterarlas en los sucesivos, con lo cual tendríamos que el intérprete había sido anterior a la Ley, incurriendo en un grave dislate cronológico y jurídico.

La mayor parte de las cláusulas "amojamadas", esto es, sin eficacia particular o sin relevancia alguna, puesto que respecto de ellas sólo es preciso consignar la excepción, ya que en su ausencia se aplica la norma legal, corresponden a las que el autor del "Exemplarium de instrumentos públicos" llama "fórmulas rancias de Notario antiguo". Muchas de ellas mueven el ánimo a regocijo, y su superación (que en este caso equivale a supresión) se debe al progreso operado en la técnica de nuestra profesión y a la mayor depuración académica de sus componentes, puesto que el Notario, que es profesor de Derecho, es también maestro en el arte difícil de redactar los instrumentos que se le encomiendan, con expurgación de las formas arcaicas que antes les regían y perfecto sentido jurídico de lo que es preciso consignar en ellos y de lo que se puede omitir, por estar comprendido en la misma naturaleza del acto o contrato, según las prescripciones de la Ley.

* * *

Lo expuesto, que sólo sirve de exordio, tiene por objeto abocar el estudio de la partición, hecha por comisario, aceptando la cuestión en el mismo punto donde el Sr. González Palomino ha querido plantearla, o sea con ocasión o motivo del análisis de las "cláusulas de estilo"; porque es efectivamente al tratar de este tema cuando nuestro compañero arbitra la fórmula que titula de "no estorbar", por cuya virtud los herederos podrán realizar la partición, aun en el caso de existir comisario nombrado por el testador, siempre que entre aquéllos medie la necesaria unanimidad de criterio, entendiéndose que mientras éste subsista el referido contador quedará en suspenso en el ejercicio de sus facultades, no corriendo respecto de él los plazos previstos por el Código civil o por el causante.

Sobre la base de que las cláusulas de estilo tienen eficacia bastante para derogar la jurisprudencia o para crear normas legales totalmente nuevas, con anulación, como es natural, de las precedentes, el Sr. González Palomino propone la inscripción en los testamentos que se autoricen de la cláusula que queda reseñada, a fin de desbordar y anular por tal procedimiento el criterio que la Dirección General, y en su parte

más importante el Tribunal Supremo, sostiene sobre este punto.

Como ambas cuestiones aparecen estrechamente conectadas en la mente y en la dialéctica del autor, nuestro primer intento—ignoramos si lo hemos conseguido—ha sido el de situar la virtualidad de las cláusulas de estilo en el lugar que les corresponde como requisito previo para ver si son capaces o no de producir los efectos que González Palomino las atribuye: el de constituir creaciones jurídicas nuevas, elaboradas por el Notario al margen de la norma legal vigente o jurisprudencial, e incluso contra ellas, las cuales, después de haber alcanzado los resultados apetecidos o de "producir sus efectos"—para usar las mismas palabras que emplea nuestro compañero—, pasan a la situación de cláusulas meramente formularias, cuya reproducción en el documento es debida a la rutina.

En verdad que de estas características, aunque solamente en parte, no conocemos, dentro de la escritura pública, más fórmula que la que asegura han sido hechas a las partes las reservas y advertencias legales; porque en sustitución del deber que existió en otro tiempo de relacionarlas particularmente, hoy quedan recogidas de manera sintética en esa frase, formularia y protocolaria, que excusa al fedatario de una exposición prolífica e intrascendente, en ausencia de la cual las partes no pueden alegar ignorancia por aquello de que, con arreglo al artículo 2.^º del Código civil, a nadie le es lícito desconocer el Derecho.

Pero insistimos en que no es éste el caso propuesto; porque González Palomino habla de "cláusulas", y éstas corresponden a las estipulaciones o convenciones que los otorgantes establecen en el documento y no al resto de las solemnidades o formalidades propias de su otorgamiento y autorización, a cuyo último grupo pertenece la fórmula relativa a las reservas y advertencias.

Estimando, pues, que se trata de verdaderas cláusulas o estipulaciones acordadas por las partes, cabe sean formuladas las siguientes preguntas:

- 1.^a Las tan repetidas cláusulas ¿son capaces de crear derecho?
- 2.^a Esta creación ¿puede hacerse en contra del preestablecido, anulándole y sustituyéndole por el nuevo?
- 3.^a ¿Qué aplicación tienen estas teorías al caso que estudiamos, o sea al de la partición hecha por los herederos con omisión del contador, nombrado por el causante de la herencia?

De los dos primeros particulares ya hemos hablado: pero ello no

será obstáculo para que en las líneas que siguen procuremos fijar más aún los conceptos.

En el instrumento público no habla el Notario, sino que lo hacen los otorgantes por mediación de aquél, salvo en cuanto a aquellos particulares que, como la fecha y el hecho del otorgamiento, son de la competencia exclusiva del autorizante. Este no "dice", sino que repite lo que los comparecientes "dicen", limitándose en un todo a dar fe.

Percatado de este mecanismo, que es por lo demás conocido y practicado por todos los compañeros, el Sr. González Palomino arbitra en el artículo que comentamos una solución altamente peligrosa, distinguiendo lo que pudiéramos llamar la verdad oficial, que es la que figura en el instrumento como supuesta manifestación de las partes, de la *verdadera verdaq.* integrada por aquellos deseos y proyectos que los otorgantes tienen, pero que quedan inéditos por la interposición del Notario.

He aquí lo que dice el autor sobre tan delicado asunto: "De las voluntades reales de los testadores sabemos los Notarios lo suficiente para dar lecciones. No creo descubrir ningún secreto de Estado si digo que al testador corriente jamás se le pasa por la cabeza nombrar comisario partidor, ni sabe lo que es eso."

Calificamos esta teoría de peligrosa, y ciertamente que lo es; porque si llegásemos a admitir que el testamento o, en términos más generales, la escritura pública, reflejaba la elaboración interna del Notario, ¿qué consecuencias morales, jurídicas y prácticas habría que deducir? En primer término, a no dudarlo, la declaración de nulidad de un instrumento público, en que el fedatario había tomado parte tan activa.

Si el "testador corriente", con lo que se hace referencia al otorgante de tipo o cultura media, no sabe de contadores partidores, ¿qué puede saber de legítimas, mejoras, tercio libre, usufructo, nuda propiedad, cuota vitalicia, condiciones y sustituciones y, en una palabra, de toda la mecánica, realmente compleja, que regula todo el derecho de sucesiones? O ¿es que su ignorancia no alcanza más que a desconocer la naturaleza y función del contador partidor, manifestándose en cuanto al resto como un consumado profesor en Derecho?

Luego si aceptamos el principio tenemos que admitir sus consecuencias, y siendo así que, al parecer, el contador es nombrado por iniciativa del Notario, a su iniciativa se podrá atribuir lógicamente el resto de las cláusulas, que como pretendidas manifestaciones de la voluntad del

otorgante figuran en el testamento. De aquí a la falsedad en documento público, salvo que el excesivo rigor profesional nos obceque, no media más que un paso.

Pero no. Felizmente para todos—para la Justicia en primer término, para el público y para el mismo funcionario—no hay más verdad verdadera que la verdad oficial, y el testamento—al igual que el resto de los instrumentos públicos—refleja la auténtica voluntad del causante como suprema ley de la sucesión.

Lo que ocurre es que en este caso, como acontece normalmente en los demás, el Notario ha de servir de expositor del Derecho ante los otorgantes, desarrollando un curso sintético de los particulares relacionados con el documento que va a autorizar. Pero sin que tal exposición integre sugerencias, y mucho menos sugerencia que coarte, límite, condicione, ni siquiera influya directa ni indirectamente en el pensamiento de las partes, que es el en que en definitiva refleja todo instrumento público.

Ahora, si de la parte interna, que es donde radica la voluntad, pasamos a la externa, representada por las palabras que han de servir para que el público conozca nuestro pensamiento, el Notario, como artífice de la escritura, tiene un campo de acción más amplio, escogiendo en su calidad de jurisperito y depositario de la confianza de las partes aquellas expresiones que, según su ciencia jurídica, corresponden con toda propiedad y escrupulosidad al deseo manifestado por los otorgantes.

Así, pues, si quisieramos hacer alguna concesión en este sentido, podríamos decir—creyendo que con esto no hacemos más que ratificar la única doctrina ortodoxa que existe sobre la materia—que el fondo del documento es siempre del que le otorga, y la forma, del Notario autorizante; pero sin que la forma, salvo vicio de nulidad, pueda afectar para nada al fondo al separarse de él por exceso o por defecto, imputable al fedatario.

Supuestas estas verdades, que para nosotros tienen el carácter de inconcusas, según el ejercicio que llevamos hecho de la carrera, es evidente que si las cláusulas de estilo tuvieran eficacia bastante para crear un Derecho nuevo o para derogar el vigente y la jurisprudencia que le interpreta, ese mérito habría que concedérselo a los otorgantes, que son los autores subjetivos de aquéllas, y no al Notario, que, como dejamos expuesto, no "dice", sino que reproduce lo que otros "dicen", manteniéndose volitivamente al margen del documento.

En este concepto, y supuesto que la misma cláusula se repita una y otra vez ante distintos fedatarios y en diferentes regiones, viene a quedar equiparada a la costumbre, y como tal es capaz de producir efectos jurídicos al alcanzar la categoría de fuente del Derecho. Pero la costumbre, por su propia naturaleza, emerge del pueblo y tiene un sentido de universalidad que es incapaz de proporcionarle ningún particular, por muy destacado y conspicuo que sea.

* * *

Las teorías de González Palomino no se formulan arbitrariamente, sino que persiguen, como es natural, un designio, un objetivo; porque desde el momento en que las cláusulas de estilo, y más concretamente la de designación de contador partidor, sean una creación meramente notarial, ajena en su esencia y sustancia a la voluntad del causante, aunque éste las convalide luego con su aprobación y firma, la cláusula de referencia carece de respetabilidad, y debe entenderse que en el supuesto de un conflicto entre el contador y los herederos ha de prevalecer la opinión y actuación de éstos, toda vez que el comisario fué nombrado en interés y para el servicio de aquéllos y no en el suyo personal, como dice Palomino.

En efecto; siendo ésta la "voluntad verdadera" del testador, ¿por qué dar a la institución un alcance que el causante no ha querido atribuirle, y del que sólo quedó revestido por una "oficiosidad" del Notario?

Sí la base de este razonamiento fuese cierta, lo serían también sus consecuencias; pero ya hemos visto que aquella base no puede ni debe tenerse por tal, porque con ello se afectaría a la integridad del instrumento y a la seriedad del fedatario, dejando a ambos elementos en situación harto precaria.

A parte esto, el Sr. González Palomino calcula que en el nombramiento de comisario no intervienen más que dos grupos de intereses: los de éste y los de los herederos, olvidando por consiguiente el único que realmente preside y gobierna la sucesión: el del testador. Toda la historia del albaceazgo, del cual deriva el contador partidor, y todas las opiniones que se sostienen sobre su naturaleza, con la excepción de algún parecer aislado, que en nada resta autoridad al criterio comúnmente admitido, confirmán que el comisario—nombre que se aplicó al

albacea o ejecutor testamentario, como dice Lomonaco, a partir del siglo XII—es un mandatario del testador, integrando su designación un mandato póstumo, según estima la doctrina francesa—Planiol, Braudry, Colin, Aubry et Rau, etc.—, reitera la italiana—Ascoli, Costa, Rizzi, etc.—, confirma la portuguesa—Paulo Mereia, Cunha Gonzalves, Pires de Lima—y tiene reconocido nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias.

Es éste uno de los problemas que tratamos en nuestra obra ya aludida, "El ejecutor testamentario en el Derecho comparado", cuya lectura nos hemos permitido recomendar, y considerando que allí se halla suficientemente debatido y aclarado este punto, nos limitaremos en el presente artículo a consignar las conclusiones a que han llegado la doctrina y la jurisprudencia sobre esta materia, cuya diversidad de aspectos puede apreciarse en el "Derecho civil", de Roguin, donde se contiene un resumen de las opiniones más autorizadas.

Dicho resumen puede formularse así:

1.^a El ejecutor testamentario y, por consiguiente, lo mismo el simple albacea que el contador partidor, es un mandatario póstumo del causante.

2.^a Como tal mandatario, es al testador a quien representa, y no a la sucesión, como quieren algunos, o a los herederos, según afirman los demás, actuando en el cumplimiento de su encargo con independencia de los intereses de éstos, siempre que se ajuste al interés superior del causante, en cuyo obsequio o para cuyo beneficio fué creada la institución.

Es esto tan cierto, que cuando se estudia el origen del albaceazgo se ve que, aparte otros precedentes más remotos, que no son del caso, su fundamento se halla precisamente en un *interés opuesto* al del heredero, cual fué el de velar por el cumplimiento de los legados y mandas piadosas establecidas por el causante, en cuyo concepto aparece recogida y divulgada la institución por el Derecho canónico, conforme explican Baudry, Planiol, Sánchez Román, Manresa, etc., y viene siendo sancionada por el Derecho español desde el Fuego Juzgo y el Código de Partidas hasta la legislación de nuestros tiempos.

Tenemos, pues, por errónea la tesis que al hablar de intereses con referencia al nombramiento de contador o comisario de la sucesión no columbra ni aprecia más interés que el del propio comisario o el de los herederos, siendo así que los de todos ellos se hallen supeditados y su-

bordinados—absorbidos podríamos decir—a otro superior, que es, además, el único que realmente rige con poder imperativo: el del testador.

Para llegar a tales conclusiones es preciso recordar que si la práctica y la jurisprudencia han extendido las facultades del albacea—acaso con poca propiedad, pero con reiteración que no deja lugar al equívoco—al contador partidor, la recíproca que se ha producido es necesariamente cierta, de tal modo, que también el comisario queda autorizado de por sí para desempeñar las funciones que los artículos correspondientes del Código civil atribuyen a los albaceas, en los cuales se advierte perfectamente la existencia de un interés ajeno al de los herederos, e incluso opuesto al de éstos, pero que no es tampoco del comisario, sino personal del causante o general de la sucesión.

Analícese el artículo 901 del Código civil, análogo a los correspondientes de los demás Códigos europeos del mismo tipo, y se comprobará lo que decimos, porque ni en la organización del entierro y funerales del causante, ni mucho menos en el pago de los legados que haya dejado dispuestos, existe interés—como no sea moral—de parte de uno o de otros—del albacea o de los herederos—, sino, repetimos, de las personas favorecidas con esas instituciones o del buen nombre y memoria del testador, cuando se trata de las exequias y sufragios por su alma.

Ni aun en el supuesto de que el heredero sea único desaparece ese interés, pues no habiendo herencia sino en lo que los créditos superen a las deudas, el activo al pasivo la determinación y amortización de éste es asunto en que está especialmente comprometido el recuerdo del causante; y es lógico, o por lo menos verosímil, que éste quiera subsstraer la práctica de tales operaciones a la iniciativa del heredero, calculando, y no sin fundamento, que el interés de éste es opuesto al suyo, al menos desde el punto de vista estrictamente económico.

Razonando así, que es como razona la jurisprudencia, según se deduce de sus fallos, los herederos no pueden proceder a la partición de bienes mientras exista un comisario encargado de ello y éste se halle dentro de plazo. Y tan general es esta norma, que ni aun en la hipótesis de que se promueva el juicio voluntario de testamentaría por los herederos forzados, caduca el cargo de contador, pudiendo éste, al margen del proceso, realizar la partición.

Así lo establecen diversas sentencias del Supremo, algunas de contemporánea actualidad, cuya relación podrá encontrarse en la obra a

qué hemos hecho referencia. El fundamento de estas sentencias—al decir de las mismas—se halla en que “la voluntad del testador es la ley de sucesión” y, por consiguiente, a esa voluntad deben atemperarse todos, incluso el Juzgado, siempre, a su vez, que dicha voluntad se ajuste a la Ley en lo que ésta tiene de preceptivo u obligatorio.

Pero la voluntad que conste en el testamento, que es la única favorable y la única, por tanto, que puede tenerse por verdadera. No ese otro tipo de voluntad que nos descubre el Sr. González Palomino como propia del testador, y que por no tener constancia alguna es absolutamente inoperante.

Lo que sucede, en cambio, es que la jurisprudencia, especialmente la de la Dirección General, se ha manifestado demasiado celosa en la guarda y defensa del criterio que comentamos. Y sobre la base de que es el contador, caso de haberle, el que tiene que hacer la partición, prohíbe la intervención en el acto de los herederos por el único medio que tiene a su alcance, o sea, por el de impedir la inscripción de las particiones hechas en el Registro.

Este sistema, cuya severidad se acredita en la Resolución de 2 de junio de 1945, no puede merecer la aprobación del jurista, porque no hay nada, ni en la naturaleza ni en la Ley, que se oponga a la participación de los herederos en el acto partitacional, encontrándola, por lo contrario, elogiable y recomendable, ya que mediante esa colaboración y subsiguiente aprobación se presta a las particiones una estabilidad jurídica y procesal de que en otro caso carecen.

Pero debemos tener en cuenta que toda alarma en este sentido es excesiva, puesto que las Resoluciones de la Dirección, como dice Ignacio Caso reproduciendo conceptos de D. Jerónimo González, no crean jurisprudencia. Y como la dictada por el Supremo—único órgano con competencia para ello—es mucho más benévolas y tolerante en este punto, si nos apoyamos, además, en la razón natural, que en nada se opone al mecanismo que propugnamos, veremos que es incontrovertible el triunfo del derecho, teniendo por tal la validez de las particiones hechas por los herederos y albaceas de común acuerdo, o realizadas por éstos y aprobadas por aquéllos, según acontece infinitas veces en la práctica notarial.

Ahora bien: como reacción concreta contra la Resolución anotada, el Sr. González Palomino divulga y recomienda la inserción en los testamentos de la cláusula de su inventiva, a la que, mediante la oportu-

tuna generalización, aspira a ver transformada en "cláusula de estilo".

Ya hemos visto que las razones en que apoya la existencia de este tipo de cláusulas no son exactas. Tampoco son exactos los fines que se les atribuyen, en cuanto se estime que por ellas se puede derogar un precepto legal o jurisprudencial y establecer otro nuevo que les sustituya, porque ese efecto ni pudo ni puede ser el propio de las cláusulas de estilo, según los modelos que de ellas nos ofrece el autor, y más propiamente, según el orden jurídico que nos rige, en la cual la función legislativa se halla reservada a los órganos que ejercen funciones de gobierno.

Pero el problema, a nuestro juicio, estriba en algo muy distinto y, desde luego, muchísimo más sencillo de lo que argumenta y razona para el caso nuestro compañero: estriba en saber si la fórmula testamentaria arbitrada por el Sr. Palomino se opone o no a algún precepto legal, porque en cuanto no exista esa oposición se tratará de un recurso o habilidad profesional ideada para soslayar los inconvenientes que se quieran atribuir a la Ley, protegiendo los particulares intereses de los herederos sin quebranto de aquélla y sin dejar defraudados o perjudicados los designios del testador, que es el que, en definitiva, ordena la última voluntad según su criterio y deseo.

Nos encontraremos, pues, en este punto frente a una cuestión que podríamos calificar de "régimen interno", esto es, de la iniciativa exclusiva del causante de la sucesión, porque siendo su voluntad la que rige el mecanismo de la transmisión hereditaria, con las salvedades o reservas, según hemos dicho, que a este respecto impone la Ley, si ésta se manifiesta favorable o simplemente indiferente ante el acto que se proyecta, no habrá dificultad alguna para que el otorgante lo ordene y el fedatario lo autorice con su signo y firma.

Pero no nos cansaremos de repetir que la validez del supradicho acto requiere inexcusablemente que sea personal del testador y no sugerencia del Notario, pues aun admitiendo y valorando la intervención que a éste le incumbe en el documento como "consejero de familia" o director de las partes, encargado de dar forma y trasladar a la escritura el pensamiento de éstas, se hace preciso mantenerse especialmente severo y vigilante sobre este punto, ya que de la sugerencia a la sugerencia no media más que un paso, y una vez salvada esa breve distancia, el fedatario se convierte en otorgante, de simple autorizante que es y debe ser.

La fórmula del Sr. González Palomino parece adolecer de este sustantivo defecto, máxime cuando él mismo se atribuye su paternidad bajo las afirmaciones que siguen. "he inventado y puesto en circulación *mi cláusula*"; pues es evidente que siendo del Sr. Palomino no puede ser de los demás, y mucho menos de los testadores, que son, sin embargo, los verdaderos protagonistas del acto. El pronombre *mío* es posesivo, y la posesión excluye por naturaleza a todos en el goce de la cosa, menos a su propietario.

Pero supongamos que esa manera de expresarse por parte de nuestro compañero no es completamente feliz; que la iniciativa del acto procede del otorgante y no del Notario, o, en todo caso, que aun procediendo de éste es prohijada por el primero como si se tratara de un pensamiento propio, con lo cual queda redimido de los vicios de origen que pudieran atribuirsele, y sobre tales bases examinemos el problema en su aspecto fundamental: el de la compatibilidad o incompatibilidad de la tan repetida fórmula con los preceptos legales, para deducir de ahí su validez o nulidad en el campo de lo jurídico.

La cláusula de referencia establece un orden de prelación entre los herederos y el comisario en cuanto a la práctica de las operaciones particionales; si aquéllos están de acuerdo para realizarlas, el último no interviene en su formalización, quedando en suspenso los poderes que se le otorgaron y sin correr el plazo señalado por la Ley o concedido por el testador. Por lo contrario, si no existe el mencionado acuerdo o éste se malogra en cualquier momento de la partición, al comisario incumbe practicarla, ajustándose para ello a la voluntad del causante y haciendo caso omiso del parecer de los interesados en la herencia.

Aun con menos claridad que la expuesta, el Sr. González Palomino recoge en su cláusula una tercera hipótesis: la de que todos (herederos y comisario) ejerciten simultáneamente las facultades partacionales que les hayan sido conferidas.

La relación de antecedentes que precede nos permite formular la siguiente pregunta: ¿Serán válidas esas disposiciones una vez que sean ordenadas por el testador? El punto de partida es siempre el mismo: su voluntad es, dentro de los límites legales, la ley de la sucesión.

Examinado el Código civil, se ve que nada se opone en él a este modo particular de ordenar la última voluntad. La jurisprudencia, por su parte, habla de que los herederos no pueden intervenir en la partición cuando existen albaceas encargados de realizarla y éstos se hallan

dentro de los plazos de competencia que les han sido atribuidos; pero en este punto, tanto el Supremo como la Dirección General se refieren al silencio del testador, suponiendo que nada particular ha estatuido, por cuya razón debe interpretarse su deseo pura y simplemente, o. lo que es lo mismo, como propósito de apartar a los herederos de tales actos, según la interpretación que clásicamente se hace de la Ley.

Pero cuando la voluntad del otorgante consta de una manera expresa en sentido contrario, ¿se podrá cumplir?

Si quien puede lo más puede lo menos, he aquí cómo acontecen las cosas en el orden volitivo, con efectos en el jurídico:

El testador puede encomendar la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los herederos, dice el artículo 1.057 de nuestro Código civil. Y el 1.058 añade que "si el testador no hubiese hecho por sí mismo la partición ni encomendádósela a otra persona, podrán ejecutarla de mutuo acuerdo los herederos mayores de edad". De aquí resulta, por consiguiente, que la partición puede ser hecha: 1.º, por el causante; 2.º, por el comisario o contador, y 3.º, por los herederos.

Pero la partición no es acto unitario, sino que está integrado por una serie o conjunto de ellos (inventario, avalúo, liquidación, división, adjudicación, etc.) que reciben su unidad del negocio jurídico a que se refieren. Por lo demás, no existe ningún inconveniente para que el testador verifique parte de los actos partionales o realice una partición incompleta, como cuando determina en su testamento los bienes que se han de adjudicar a éste o al otro heredero para pago total de su haber o del que le corresponda por un señalado concepto, según suele acontecer, tratándose de herederos forzados, respecto al tercio de mejora y más particularmente al de libre disposición.

La institución de legatarios en cosa cierta y determinada pertenece también a los actos de este tipo.

Ahora bien: cuando el testador, como en los casos que preceden, hace un ejercicio parcial o incompleto del derecho que le concede el artículo 1.056 del Código civil, ¿quiénes sino los herederos o el comisario, cada cual en sus respectivas hipótesis, serán los encargados de completar y perfeccionar la partición que aquél no hizo, aunque dejó en su testamento iniciada?

Vemos, pues, cómo la actuación del testador no inhabilita o imposibilita la de los demás interesados en la sucesión, porque tratán-

dose de una serie de actos concurrentes al mismo fin, no hay incompatibilidad legal ni material entre los que les realizan.

Pero siendo así en este caso, ¿ocurrirá algo distinto en los demás supuestos que se puedan arbitrar? ¿En virtud de qué principio moral o legal? En virtud exclusivamente de la voluntad presunta del causante, que cuando nombra contadores sin otras reservas se entiende que ha querido excluir a los herederos de la partición, según dejamos dicho. Pero cuando esa voluntad consta clara y terminantemente en sentido opuesto, ¿qué precepto legal se puede invocar para seguir aferrado a la idea de la recíproca exclusión de unos por otros? A nuestro juicio, ninguno.

El testador, que tiene facultades para otorgar todas las que quiera a sus comisarios, las tendrá igualmente para condicionarlas y limitarlas hasta dejarlas reducidas a cero, puesto que lo que es potestativo —como lo es el referido nombramiento—, no es dispositivo o imperativo, y así lo acredita el mismo nombre de comisario, que es, en términos jurídicos, "el que ejecuta una cosa o presta algún servicio por cuenta y encargo de otro", la amplitud de cuyas funciones puede ser liberalmente determinada por el comitente, como lo acredita también el artículo 901 del Código civil, cuando al tratar del albacea—cuya similitud con el otro cargo se halla reconocida por la Jurisprudencia—dice que "los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les hubiese conferido el testador. No habiendo el testador determinado las facultades de los albaceas ". De modo, que lo primero a que hay que atender en este punto es a la voluntad del causante, pues expresa ésta de modo inequívoco, constituye la norma reguladora de la sucesión, de la que la partición, tanto en cuanto a su forma como a las personas que deben realizarla, no es sino parte integrante.

Más aún: la posibilidad de ese orden de sustituciones—herederos en lugar de comisario—está prevista por la Ley, con fundamento en que también lo quiso prevenir el testador. Y así, cuando éste señala a sus contadores un plazo para que formalicen la partición, o este plazo es el determinado por el Código, interpretándose su silencio como deseo de no modificarle y de aceptar la sustitución que a la caducidad del término previsto se operará, no cabe duda que es porque la Ley reconoce la validez de este sistema cuando se establece tácitamente: ¿Ocurrirá cosa distinta en el caso de disposición expresa? Evidentemente que no, porque la naturaleza y el fundamento del acto son los

mismos, sin que obste a su aplicación el hecho de que la sustitución se establezca al revés—comisario por herederos—, si es que así lo ordena el testador, puesto que no habiendo precepto legal que lo prohiba, todos sabemos que el orden de factores no altera el producto, siendo este producto la práctica de la partición.

Insistimos en que ni la ley ni la jurisprudencia se oponen a nada de esto. La primera guarda silencio sobre el tema o se expresa en términos que, correctamente interpretados, inducen a la aprobación. Debemos tener en cuenta, en efecto, que donde la Ley no distingue, no es lícito distinguir; que las disposiciones prohibitivas (en el supuesto de que hubiese alguna, que no la hay) deben ser aplicadas restrictivamente, y que el artículo 4.^º del Código habla de la nulidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, sin que pueda alegarse precepto alguno en el que se impida que el testador encomiende la partición de sus bienes a las personas que quedan indicadas y por el orden que dejamos dicho.

Es más, resultaría pueril y contradictorio que, constituyendo la libertad testatoria una de las conquistas más preciadas del Derecho, y pudiendo el causante, en su virtud, adjudicar sus bienes a quien le parezca, salvo las repetidas reservas que se deben a los herederos forzosos, hubiese de encontrar dificultades y limitaciones en un asunto tan banal como es el de designar las personas que han de intervenir en la partición, o en el modo, tiempo y forma en que éstas han de actuar.

A su vez, las resoluciones de la Jurisprudencia no sirven para el caso, puesto que fueron dictadas en la contemplación del contador ordinario, y es evidente que al cambiarse los términos del problema tiene que cambiar simultáneamente el criterio de nuestros Tribunales.

Por consiguiente, si la Ley no prohíbe ese tipo de cláusulas, que tampoco hallan obstáculo en la Jurisprudencia, se tratará de algo que pudiéramos llamar neutro o inocuo, cuya defensa se hace innecesaria, ya que se defienden por sí como emergente de un acto espontáneo del testador, cuya voluntad regula la sucesión. En definitiva, pues, despojada la teoría de todo aparato dialéctico o literario, veremos que se puede equiparar al clásico huevo de Colón. Pero a un huevo, en todo caso, y si se nos permite esta licencia, que ha de ser puesto por el otorgante y no por el Notario.

Lo heterogéneo de este trabajo dificulta su concreción en algunas conclusiones, pero trataremos de formularlas en los apartados que siguen:

1.^a Las tituladas "cláusulas de estilo", según los modelos que de ellas nos ofrece el Sr. González Palomino, corresponden a los requisitos accidentales de los contratos, cuando versa sobre éstos el contenido de la escritura pública, y su fundamento se halla en el artículo 1.255 del Código. Se trata, pues, más bien de palabras que de conceptos nuevos.

2.^a Dichas cláusulas desarrollan el derecho dentro del Derecho, pero por mucho que se generalice su uso, son impotentes para crearle, porque la función legislativa no compete al particular, sino al poder público, careciendo igualmente de eficacia para suspender o derogar el constituido, puesto que contra él no prevalece el desuso o el uso y la costumbre en contrario, según determina el artículo 5.^o del mencionado Código.

3.^a Las "cláusulas de estilo" que no se oponen a ningún precepto legal, y que por su generalización integran una costumbre jurídica, pueden producir efectos de este tipo, conforme se deduce del párrafo segundo del artículo 6.^o del Código civil; pero para ello es indispensable que no exista esa oposición, pues en otro caso, y por mucho que se extienda su aplicación, caerán bajo la sanción de nulidad prevista en los artículos 4.^o y 5.^o del repetido Cuerpo legal.

4.^a Cualquiera que sea la eficacia que pretenda atribuirse a las mencionadas cláusulas, éstas deben reflejar el pensamiento del otorgante y no el criterio del Notario, por cuyo motivo consideramos nociva y peligrosa la distinción que hace el autor entre la verdad oficial y la verdad o "voluntad verdadera" de las partes.

5.^a La cláusula de "no estorbar", preconizada por el Sr. González Palomino, no se halla permitida ni prohibida por la Ley, de donde debe deducirse su permisión o autorización, porque, con arreglo al artículo 4.^o, únicamente son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley—circunstancia que no se da en nuestro caso—, y porque donde aquélla no distingue no es lícito distinguir, según el viejo y conocido aforismo; pero nos parecen inexactas las razones en que el autor fundamenta esa cláusula y las consecuencias que de la misma pretende extraer.