

El legado de cosa ganancial^(*)

MANUEL DE LA CAMARA

Notario

SUMARIO.—I. Introducción.—II. Eficacia del legado de gananciales en función exclusivamente de la voluntad del testador.—A) Posibilidad de reconocer eficacia plena y absoluta al legado de un bien ganancial ordenado por uno de los cónyuges.—B) Eficacia relativa o limitada del legado de gananciales ordenado por uno solo de los cónyuges: a) Equiparación en todo caso del legado de cosa ganancial al legado de cosa ajena.—b) El legado de cosa ganancial como legado de cosa propia si la cosa se adjudica a los herederos del testador y como legado de cosa ajena en el caso contrario.—c) Condicionamiento de la eficacia del legado a que la cosa objeto de aquel se adjudique a los herederos del testador.—d) Tratamiento del legado de gananciales como legado de cosa en parte propia y en parte ajena.—c) Conclusiones.—III. El legado de cosa ganancial ordenado por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.—IV. La partición testamentaria y la adjudicación a los herederos, en virtud de la misma, de bienes gananciales. A) Imposibilidad de cumplir íntegramente la partición como consecuencia de no resultar adjudicados al lote del testador los bienes gananciales incluidos en la partición.—a) Partición testamentaria con fijación de cuotas.—b) Partición testamentaria sin fijación de cuotas.—B) Modalidades de las particiones hechas por ambos cónyuges habiendo acuerdo entre ellos.

(*) El presente trabajo constituyó el objeto de una conferencia que tuve el honor de pronunciar el 23 de febrero de este año en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, y será publicado en su día por ese Colegio. Sin perjuicio de ello, he solicitado y obtenido autorización de su Junta Directiva para publicar la con independencia y anticipación. Sirvan estas líneas no sólo para exponer la aclaración indicada, sino además para reiterar al Ilustre Colegio Notarial de Valencia mi honda gratitud por el honor y las atenciones que entonces me dispensó y por la autorización que ahora me ha concedido.

INTRODUCCION

El legado de bienes gananciales, o si se quiere, para adoptar una rúbrica a la vez más general de un lado y más específica de otro, la disposición testamentaria referente a bienes concretos de naturaleza ganancial, es un supuesto que se registra con harta frecuencia en nuestro derecho sucesorio.

A pesar de ello, y de que los problemas que dicho supuesto puede plantear no son muchas veces de fácil solución, la bibliografía sobre la materia es, al menos entre nosotros, escasísima (1). Y tampoco la jurisprudencia ha tenido ocasión, que sepamos, de enfrentarse frecuentemente con legados de bienes gananciales. Solamente la Resolución de 18 de diciembre de 1916 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1934, que después veremos, han examinado, más o menos colateralmente, este tipo de legado. Pero esta penuria jurisprudencial (2), que sólo sirve en última instancia para probar que todavía en España, por fortuna, el respeto de los hijos a la voluntad de sus padres es suficiente en muchos casos para imponer el acatamiento a disposicio-

(1) Ciñéndonos a nuestra moderna literatura jurídica, no conocemos sobre la materia más que un trabajo de ARENAS, muy breve («Alcance de un legado», en la «Revista de Derecho Privado», tomo II, pág. 337; otro algo más extenso de GAYOSO ARIAS («Legado de bienes determinados de la sociedad de gananciales, ordenado por uno de los cónyuges», en la misma Revista, tomo VI, pág. 164 y sigs.; una consulta evacuada por la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (año 1922, págs. 186 y sigs.), y el estudio que sobre el tema incluye DÍAZ CRUZ en su reciente monografía «Los legados» (Reus, 1951, págs. 209 y sigs.). Las referencias al problema en las obras de carácter general son también aisladas y sucintas. Cfr., por ejemplo, la que hace ROCA SASTRE en las notas de adaptación y comparación del texto alemán con el Derecho español en el tomo 5.º, vol. 2.º, del «Tratado del Derecho Civil» de ENNECCERUS («Derecho de Sucesiones», vol. 2.º, pág. 177). En las obras clásicas de SÁNCHEZ ROMÁN, MUCIUS SCAEVOLA, CASTÁN, VALVERDE, etc.: la cuestión no está ni siquiera aludida.

(2) Según mis noticias, en algunas Audiencias Territoriales se registran con alguna frecuencia fallos relativos a legados de bienes gananciales. No me ha sido posible consultar directamente ninguno.

nes más o menos discutibles, no puede convencernos de que el legado de bienes gananciales es una institución carente de problemas. Siempre que lo encontramos en nuestra vida profesional, al hacer un testamento o al ocuparnos de su cumplimiento, nos sentimos asaltados por múltiples dudas y vacilaciones difíciles de disipar.

Conviene para la mejor comprensión de la materia a tratar y al mismo tiempo para puntualizar exactamente los problemas de que vamos a ocuparnos que hagamos, ante todo, un poco de disección con fines clasificatorios, tanto en lo que se refiere a las diversas maneras que tiene el legado de gananciales de manifestarse en la práctica, como en lo que mira a su distinción con figuras jurídicas afines.

En cuanto a lo primero, es decir, en cuanto a los modos de manifestarse en la práctica, el legado de gananciales puede ser fruto de la voluntad exclusiva de un testador, o de la voluntad concorde de una pareja de testadores. Yo no sé si esta distinción, desaparecido de nuestro derecho común el testamento mancomunado, será rigurosamente científica. Pero sí sé, y lo sabe todo Notario en ejercicio, que lo frecuente en nuestro país, cuando se trata de matrimonios bien avenidos, es que marido y mujer acudan juntos a la Notaría, para otorgar simultáneamente sus testamentos, planeados entre los dos y producto generalmente de un acuerdo tácito entre los testadores que desean que sus disposiciones de última voluntad se complementen recíprocamente (3). Cuando esto ocurre no es infrecuente que los testadores quieran que a la muerte de uno de ellos, o a la de ambos, determinados bienes, muchas veces de naturaleza ganancial, sean, a título de legado, para ciertas personas: hijos, parientes o extraños.

Es menos corriente, aunque tampoco la hipótesis resulte excepcional, ni mucho menos académica, que el legado de gananciales sea, de hecho, fruto de la voluntad exclusiva de uno de los cónyuges. A veces, el marido o la mujer, y esto aunque la vida conyugal siga derroteros normales, testan sin contar con el otro, y puede y suele ocurrir en estos casos que sus disposiciones afecten a bienes concretos de la sociedad de gananciales. Justo es reconocer, desde luego, que son más bien los maridos que las mujeres los que, obrando exclusivamente por su cuenta, suelen otorgar estas disposiciones o pretenden otorgarlas. El fenómeno tiene, quizá, una explicación relativamente lógica. De una parte, no es demasiado extraño que el marido, acostumbrado a disponer

(3) El testamento mancomunado responde perfectamente a esta realidad. Por esto fué una lástima que nuestro Código lo prohibiese impresionado excesivamente por los problemas que puede suscitar su revocación, problemas cuya solución, tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista práctico, puede ser hallada con relativa facilidad. Lo prueban, en España, el Derecho foral navarro y el aragonés, y aquellas legislaciones extranjeras como la alemana, que admiten el testamento mancomunado.

«inter vivos» con la libertad probablemente excesiva que nuestras leyes le conceden, piense que lo mismo ha de ocurrir «mortis causa». Por otro lado, el hecho de que normalmente sea el trabajo del marido la fuente de ingresos más fecunda y habitual de la sociedad suele desorbitar la opinión del propio marido en orden a sus derechos sobre bienes, que, en fin de cuentas, han sido ganados con su esfuerzo. Y esto sucede aunque el marido sepa (y esto suele saberse) que está casado bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales y tenga, en consecuencia, noticia (aunque ésta sea generalmente incorrecta desde un punto de vista técnico) de los derechos de su mujer. El marido es propicio a considerarse dueño, si no legalmente sí moralmente, de los bienes que ha adquirido con su trabajo. Puede recordarse a este respecto una anécdota que atribuyen al que fué famosísimo torero cordobés Rafael Guerra, «Guerrita», y que viene aquí como anillo al dedo. Cuentan que el «Guerra», decidido a otorgar testamento, expuso su voluntad al Notario sobre cómo debía articularse aquél, voluntad que se concretaba en una serie de disposiciones sobre bienes determinados, para su adjudicación a este o a aquel hijo o descendiente. Conocedor el Notario de que todo o casi todo el patrimonio del torero tenía carácter ganancial se creyó en el caso de advertirle que la gran mayoría de aquellas disposiciones necesitarían, en su día, para su plena eficacia, obtener el beneplácito de la esposa por cuanto, al ser dichos bienes gananciales, aquélla tenía sobre los mismos derecho a la mitad. Y dicen que al oír esto el «Guerra» no pudo por menos de exclamar: «¡Ah!, ¿entonces es que Dolores también ha *toreao*?»

Cuando el legado de gananciales se presenta así, es decir, como fruto de la voluntad exclusiva de uno de los cónyuges, se plantea con el máximo rigor el problema de saber si el legado es eficaz, el de determinar cómo habrá de cumplirse, y el de fijar sus límites; todo ello en relación con los derechos que al otro cónyuge le competen sobre el patrimonio ganancial.

Cuando, por el contrario, el legado de gananciales viene ordenado con el conocimiento y el beneplácito de ambos esposos, surge ante todo una cuestión: ¿En qué forma se armoniza esa voluntad concorde de los testadores? ¿Puede la misma surtir efectos jurídicos como tal voluntad concorde? En otros términos, si los cónyuges quieren que a la muerte de uno de ellos un determinado objeto de carácter ganancial sea adquirido por cierta persona a título de legado, y aunque éste, mientras viva uno de los esposos, haya de concretarse a la nuda propiedad, ¿hay términos hábiles para asegurar a los cónyuges de que, muerto uno de ellos, el sobreviviente acatará la disposición y no ejercerá sus derechos como partícipe en la sociedad de gananciales para entorpecer su cumplimiento? Es evidente que los problemas que plantea el legado de gananciales, en sí mismo considerado, y que antes

se han enunciado, vienen supeditados, incluso en orden a su posible planteamiento, a la respuesta que se dé a estas interrogantes.

La segunda de las tareas preliminares que, como antes se indicaba, es necesario abordar se refiere a la distinción entre el legado de gananciales y otros supuestos en que también el testador dispone por vía de asignaciones concretas de bienes de carácter ganancial. Estos otros supuestos son los de signo y naturaleza particional. En ellos no se trata de dejar una cosa a una persona que no es heredero, o, caso de que lo sea, de dejársela además e independientemente de sus derechos como tal, sino que la finalidad que se persigue con estas disposiciones particionales permitidas por el artículo 1.056 del C. c. es la de señalar los bienes que cada heredero haya de percibir, como tal heredero, y para evitar que surja la indivisión. Pues bien, en estas hipótesis particionales y si entre los bienes adjudicados por el testador-partidor los hay de naturaleza ganancial se suscitan problemas muy similares a los que provoca el legado de gananciales propiamente dicho. Sin embargo, la finalidad particional que preside la disposición en estos casos da, por una parte, un matiz específico a esos problemas, y, por otra, determina el planteamiento de cuestiones peculiares que no se advierten cuando se trata de un simple legado de cosa ganancial.

Aunque la rúbrica de este estudio se refiere exclusivamente al legado de bienes gananciales, las indudables concomitancias que existen entre esta figura jurídica y aquellas otras disposiciones que, aunque con finalidad particional, se refieren también a bienes determinados de la sociedad de gananciales, abonan, para que este ensayo no sea incompleto, una referencia a dichas disposiciones de finalidad particional cuya importancia práctica es tan grande por lo menos como la del verdadero legado de cosa ganancial.

También en sede particional se pueden hacer distinciones similares a las formuladas al tratar de los legados. Cabe, pues, la partición proyectada y decidida por uno de los esposos, o, por el contrario, la planeada por los dos cónyuges de común acuerdo. Cabe, y esta distinción nos coloca ante un orden distinto de problemas, que el testador no se haya propuesto realizar la partición de toda su herencia y que se haya limitado a establecer que a uno de sus herederos se le adjudique en la división de la herencia y en pago o parte de pago de su cuota un objeto determinado. Si este objeto es ganancial tenemos aquí una hipótesis aparentemente muy similar a la del legado de gananciales, aunque, como ya expondré en su momento, se diferencia desde luego de ella.

Cabe, por el contrario, que el testador pretenda formalizar testamentariamente la partición de toda la herencia. En este caso, si el testador está casado bajo el régimen ganancial y hay efec-

tivamente gananciales en el matrimonio (puntos éstos que admitimos por hipótesis) la partición tiene como supuesto previo la fijación de cuáles hayan de ser los bienes gananciales que, al disolverse la sociedad legal, deban corresponder a la sucesión del testador. La existencia de un acuerdo entre los cónyuges y la posibilidad de dotar de efectos jurídicos al mismo parecen, entonces, bases fundamentales para la plena eficacia de la partición, ya que, de no existir el acuerdo o de negarle toda relevancia jurídica, aquella eficacia habría de depender, al menos en parte, de la actitud que «a posteriori» adoptara el cónyuge superviviente, actitud que, de ser disconforme, puede llevar, sobre todo si la entidad económica de los gananciales es importante en relación con los bienes privativos del testador, a la frustración total de los propósitos del partidor.

Aun en la hipótesis de que haya habido acuerdo entre los esposos no son iguales todos los casos. El acuerdo puede limitarse a cómo hayan de repartirse en su día los bienes comunes para, sobre esta base, organizar cada cónyuge, con independencia, la partición de su propio caudal. Por el contrario, pueden haber pensado los esposos sus particiones como complemento la una de la otra. Y hasta sucede, cuando los cónyuges han querido articular en perfecta armonía su sucesión, que su acuerdo se dirija más que a fijar, con fines particionales, la división del haber ganancial, a considerar como una sola masa patrimonial la totalidad de los bienes existentes en el matrimonio, proyectando su reparto con independencia de que dichos bienes sean del marido, sean de la mujer o sean gananciales. Surge entonces, o puede surgir, un verdadero enjambre de problemas, y entre ellos no es el menor el que el cumplimiento de estos repartos patrimoniales, conjuntos y universales, puede llevar a la exclusión, desde un punto de vista jurídico formal, de un hijo de la herencia de su padre o madre. Imaginemos que un matrimonio tiene tres hijos y tres fincas, de valor aproximado, una privativa del marido, otra propia de la mujer y la tercera ganancial. Si el propósito de los cónyuges es el de que al morir ambos una finca sea para cada hijo, resultará que aquel de ellos que herede la finca del padre no habrá heredado nada de su madre, y viceversa. No es necesario decir que un estudio a fondo de este problema y de todos los que pueden suscitar estas particiones excede totalmente de los límites que a este trabajo imponen tanto su objeto como las posibilidades de su autor. A pesar de lo cual algo diremos sobre ello.

Y con esto concluye la labor de simple disección que como preliminar he querido realizar, por considerarla antecedente previo indispensable. Para abordar ahora el estudio de las diversas hipótesis que han quedado esbozadas dividiré este trabajo en tres partes:

Primera. Eficacia del legado de gananciales en función exclusivamente la voluntad del testador.

Segunda. El legado de gananciales ordenado por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

Tercera. Las particiones testamentarias y la adjudicación a los herederos, en virtud de las mismas, de bienes gananciales.

EFICACIA DEL LEGADO DE GANANCIALES EN FUNCIÓN EXCLUSIVAMENTE DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR

Vamos a estudiar ahora, en primer término, cuál sea la eficacia del legado de gananciales en función tan sólo de la voluntad del testador, es decir, prescindiendo de todo posible acuerdo entre los cónyuges, y admitiendo, por hipótesis, que este acuerdo no ha existido, o que no puede probarse, o que, aun habiendo existido y siendo susceptible de prueba se le niega relevancia jurídica.

Determinar exactamente el alcance de la eficacia del legado en los eventos expuestos es del máximo interés para el Notario. Si el problema se plantea cuando se trata de confeccionar el testamento es: el cual va a ordenarse el legado, el Notario debe aclarar al testador los efectos que en su día surtirá aquél para tratar de puntualizar lo más exactamente que sea posible la verdadera voluntad del testador y redactar en consecuencia la cláusula testamentaria de manera que no dé lugar a dudas. (Esto, claro es, si el Notario sabe que el objeto legado es ganancial). Si el problema se suscita «a posteriori», es decir, cuando muerto el testador hay que dar cumplimiento a su testamento, el Notario ha de saber, a la vista de los términos en que esté concebida la disposición testamentaria, en qué forma y medida tiene que ser cumplido el legado.

Dos posiciones generales se pueden señalar en torno a cuál haya de ser la eficacia del legado de un bien ganancial ordenado por uno de los cónyuges. Reconocer una eficacia total y absoluta al legado o concederle simplemente una eficacia relativa y limitada. Cabría claro, indicar, además, una tercera posición proclamando su absoluta ineficacia, pero como esta posición, que nadie ha sustentado, parece, a simple vista, completamente indefendible, prescindiremos de ella. Vamos a examinar, por tanto, las otras dos posiciones para estudiar, después de aceptada una solución, las complicaciones que pueden plantearse en algunos casos específicos.

A

Posibilidad de reconocer eficacia plena y absoluta al legado de un bien ganancial ordenado por uno de los cónyuges.

Esta primera solución implicaría la necesidad de entregar al legatario, una vez muerto el testador, el objeto legado íntegramente, excluyendo, por tanto, su posible adjudicación, en la liquidación de la sociedad, al otro cónyuge o a sus herederos.

Esta solución admite dos modalidades. Con arreglo a la primera, el cónyuge supérstite o sus herederos podrían pretender ser compensados en la división del patrimonio común, con otros bienes de valor equivalente al del objeto legado. Es decir, el legado no les afectaría económicamente. Su efecto en orden a la liquidación y división de la sociedad de gananciales quedaría concretado a la necesidad de adjudicar el objeto legado al lote de los herederos del testador. La otra modalidad consistiría en excluir totalmente el objeto legado del haber ganancial, limitándose, por consiguiente, la división de éste al remanente.

Como ambas soluciones presuponen unas facultades dispositivas que en ningún momento ni por ninguna legislación se han atribuido a la mujer, parece claro que dichas soluciones, de ser admisibles (y como veremos no lo son), únicamente podrían referirse a los legados ordenados por el marido (4).

Estudiemos ahora la primera de estas dos variantes que cabe distinguir dentro de la posición general que estamos analizando.

No cabe duda de que cabría dar cumplimiento fiel y exacto al legado de un bien ganancial ordenado por el marido, aunque fuese sobre la base de compensar económicamente a la mujer o a sus herederos, si pudiera sostenerse que el marido es el dueño de los bienes de la sociedad legal, siendo la mujer simple acreedora de un valor, el representado por la mitad del haber ganancial líquido. Sentado esto, no sería violento admitir que la mujer habría de conformarse con que en pago de su crédito se le adjudicasen bienes bastantes para cubrir aquél, pero sin que pudiera pretender derecho alguno sobre la cosa legada.

Ocorre, no obstante, que esta concepción de los derechos de la mujer como un simple crédito, incluso después de haberse disuelto la sociedad legal, no es sostenible ni en el terreno del derecho moderno ni siquiera con referencia a la antigua organización de las comunidades de bienes entre cónyuges.

De todos es conocido el antiguo brocardo del derecho francés reflejado en el texto del artículo 225 de las Costumbres de París,

(4). Excepcionalmente, cabría referir esta posibilidad a la mujer, de aceptar alguna de estas soluciones, en los casos en que a ella correspondiera la administración del patrimonio común.

a tenor del cual «Le mari est seigneur et maître de la communauté». Pero también es cosa sabida que la doctrina moderna, en gran parte, al analizar el valor y el alcance que esta máxima tuvo realmente en el derecho antiguo, niega que la misma tuviera jurídicamente el riguroso significado que se desprende de su tenor literal. MESSINEO (5), BAUDRY LACANTINERIE (6), AUBRY RAU (7) y NAST (8), entre otros muchos, piensan que la verdadera finalidad de aquel brocardo no era otra que la de señalar los amplísimos poderes reconocidos al marido sobre los bienes de la comunidad, pero sin que quisiera decir que fuese verdaderamente dueño de los mismos. Por el contrario, la tesis dominante entre los antiguos autores (9) reputó dueño de los bienes gananciales al marido. DUMOULIN estableció el principio de que «constante matrimonio maritus est pleno iure dominus omnium bonorum», agregando que «non est socia mulier sed separatur fore», afirmaciones éstas que más adelante son recogidas por POTHIER (10). Ahora bien, esta doctrina no llega hasta reputar a la mujer simple acreedora del marido. POTHIER, después de calificar de «informe» el derecho que la mujer tiene *durante el matrimonio* sobre los bienes de la comunidad conyugal—afirma—, siguiendo a DUMOULIN, que lo que ocurre en esta fase de la vida de la comunidad es que el dominio de la mujer sobre los bienes comunes está «in habitu quam in actu». *Pero este dominio potencial se convierte en dominio actual tan pronto como el marido muere y hay que proceder a la disolución de la comunidad.* De aquí aquella otra máxima que recoge BOURJÓN (11), a tenor de la cual si bien el marido vive como «maître» muere como asociado.

La tesis que reputa a la mujer copropietaria de los bienes gananciales, al menos desde que el marido muere, es también la dominante entre nuestros clásicos. Opinan éstos en su gran mayoría que la mujer adquiere constante matrimonio la parte que le corresponde en los gananciales, si bien su cuota de dominio en dichos bienes, mientras el matrimonio no se disuelva, puede ser revocada como consecuencia de la actuación de los poderes dispositivos del marido. Más o menos rotundamente se pronun-

(5) «La natura giuridica della comunione coniugale dei beni». Roma, 1920.

(6) «Traité Theorique et Practique de Droit Civil, Du Contrat de mariage ou de regimes matrimoniaux», tomo I, pág. 257.

(7) «Cours de Droit Civil francais», 5.ª edición, tomo 8.º, págs. 3 y sigs.

(8) «Regimenes económicos matrimoniales», 1.ª parte, tomo 8.º del «Tratado práctico de Derecho civil francés», de PLANIOL-RIPERT, traducción española de DÍAZ CRUZ, pág. 191.

(9) Ya, FERRIERE y LAURIERE, cits. por BAUDRY LACANTINERIE (en loc. cit.) entienden que el sentido del art. 225 de las Costumbres de París es simplemente el de expresar que el marido, como administrador de la comunidad, goza de poderes amplísimos.

(10) De la Communauté, en el tomo 7.º de las obras de POTHIER, anotadas por M. BUYNET, 2.ª edición, París, 1861, pág. 57.

(11) «Le Droit comune de la France et la costume de Paris». París, 1747, tomo I, pág. 493.

cian en este sentido, entre otros que pudieran citarse, ANTONIO GÓMEZ (12), MATIENZO (13), ACEVEDO (14), VELÁQUEZ DE AVENDAÑO (15) y COVARRUBIAS (16), aunque este último autor estime que constante el matrimonio el dominio de la mujer está «in habitu et credito» (17).

En la doctrina antigua, pues, y por lo menos al tiempo de disolverse la sociedad de gananciales que es el momento que interesa a nuestro objeto, no puede reputarse simple acreedora a la mujer sino copropietaria actual y efectiva de los bienes comunes.

En el derecho actual no parece posible estimar que el marido sea dueño exclusivo de los bienes gananciales, ni siquiera constante el matrimonio. Refiriéndonos concretamente a nuestra

(12) «Ad Leges Tauri Commentarius», 1724. Comentario a las leyes 50 a 53, págs. 496-497.

(13) «Commentario in libro quinto recolectionis legem Hispaniae», 1597. Glosa 3 a ley 9, folio 258.

(14) «Commentarium iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones», 1737. Glosa a la ley 9.

(15) Citado por LLAMAS y MOLINA en «Comentario crítico, jurídico, literario a las ochenta y tres leyes de Toro», 1853, pág. 303.

(16) «Opera Omnia», tomo 2.º: «Variarum resolutiones», libro 3.º, capítulo 19, pág. 399.

(17) Esto no obstante, algunos autores pensaron que la adquisición del dominio por la mujer, en su cuota correspondiente, exigía la tradición realizada a su favor por el marido o sus herederos. El fundamento de dicha tesis (en torno a esta controversia puede verse a ANTONIO GÓMEZ, ob. y lugar citados) estriba en que, según el derecho común, sólo en la sociedad universal se comunican entre los socios todos los bienes, tanto los presentes al constituirse la sociedad como los adquiridos después, sin que sea posible considerar sociedad universal a la sociedad de gananciales. «Ex quo inferitur et resultat—decía ANTONIO GÓMEZ, aludiendo al derecho común—vera et clara deductio e responsio in nostra quaestio, quod lucra quaesita constante matrimonio per maritum attento iure comuni non quarantur uxori pro parte ipso iure quo ad dominium et possessionem nisi secuta traditio». Y se inclinan por la aplicación de esta doctrina común, según el testimonio de ANTONIO GÓMEZ, PALACIOS RUBIO, el DR. SEGURA y RODRIGO SUÁREZ. TELLO, según LLAMAS y MOLINA (obra y lugar citados), sigue también esta orientación al explicar cuál es, a su juicio, la razón de decir de la ley de Toro. (Dice así esta ley: «Si el marido mandase alguna cosa a su mujer al tiempo de su muerte o de su testamento, no se le cuente en la parte que la mujer ha de haber en los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya dicha mitad de bienes, e la tal manda en lo que derecho debiere valer»). TELLO, aplicando aquella disposición del Fuero Real, según la cual «toda cosa que el marido y la mujer compraren de consumo ayanla ambos de por medio», entiende que la mujer sólo adquiere «ipso iure» su cuota de dominio en los gananciales cuando el bien de que se trate haya sido comprado en mancomún por los dos esposos. PALACIOS RUBIO, por su parte, al comentar también la ley 16 de Toro antes transcrita, considera al marido deudor necesario de su mujer, para deducir de ahí que la ley es una excepción a la regla de que todo legado hecho al acreedor por su deudor legal y necesario se reputa hecho en satisfacción y compensación de su deuda.

Sin embargo, y a pesar de estas posibles desviaciones, la opinión que prevaleció fué la que se indica en el texto, recogida después por LLAMAS y MOLINA (ob. cit., pág. 315).

legislación, podemos observar que el Código civil habla constantemente de bienes de la sociedad o de bienes comunes (18), lo que excluye naturalmente que puedan reputarse del marido. Además, la extraordinaria amplitud de las facultades dispositivas del marido en el derecho antiguo, amplitud que fué la causa principal de que llegara a considerársele dueño exclusivo, ha sido cercenada en el derecho vigente, aunque quizá sean todavía excesivas las potestades que nuestra legislación confiere al esposo. Ha desaparecido, como regla general, la facultad de disponer de los bienes comunes a título gratuito (19) que el derecho antiguo reconoció (el punto fué, sin embargo, discutido), al marido. Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros, sobradamente conocidas por lo que no es necesario hacer aquí su exposición detallada, pese a que no siempre se han producido con demasiada diafanidad al analizar la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, no prestan, desde luego, el menor punto de apoyo para subestimar los derechos de la mujer en la sociedad de gananciales hasta reducirla a una simple acreedora del marido.

Rechazada, pues, esta construcción de la posición jurídica de la mujer en orden a la sociedad de gananciales, y supuesto que es verdadera cotitular del patrimonio común, no parece que pueda sostenerse que el legado de un bien ganancial ordenado por el marido haya de cumplirse «in natura» e íntegramente en todo caso, limitándose el derecho de la mujer o de sus herederos a exigir que se les compense con otros bienes de valor equivalente. Y, sin embargo, esta tesis ha sido sostenida, si bien excepcional y aisladamente, no sólo en la doctrina antigua, sino también en la moderna. Entre los clásicos sustentó esta opinión GARCÍA (20), y entre los modernos tal parece ser el criterio de MANRESA (21).

Sostiene GARCÍA que el marido pueda prelegar constante el matrimonio un inmueble ganancial en perjuicio de la mujer (22), debiendo ésta conformarse con recibir, en otros bienes, su parte en el objeto prelegado (23). La razón que para ello alega es doble. De una parte que al marido corresponde, constante matrimonio, la libre disposición de los gananciales, y de otra que

(18) Cfr., por ejemplo, arts. 1.401 a 1.407, en que se define lo que se entiende por bienes gananciales, concepto que se opone al de bienes propios, así como también los arts. 1.413, 1.415, 1.416, etc.

(19) Cfr. art. 1.413 a «sensu contrario», y art. 1.415, que reconoce en el marido la facultad de donar sólo en los casos especiales que indica.

(20) «Tractatus de expensis et melioratibus», XIII, 20, folio 258, 1592.

(21) «Comentarios al Código civil español», 5.ª edición, revisada por José MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ. Tomo IX, págs. 656-657. Madrid, 1950.

(22) «... ut vir possit quidem constante eodem matrimonio bona immobilia lucrata prelegare in praeiudicium uxoris».

(23) «... atque ipsa uxor ex aliis bonis accipiet partem illam in praelegato habebat».

admitiendo la solución que propone ningún perjuicio se causa a la mujer (24). Fácilmente se alcanza que estos argumentos no son convincentes. No lo es el primero ni siquiera con relación al derecho antiguo. Debe observarse, en primer término, que si fuera cierto que el marido en función de sus facultades dispositivas, constante el matrimonio, pudiera legar un objeto ganancial lo natural sería excluir totalmente ese objeto del haber de la sociedad de gananciales, sin que la mujer o sus herederos pudieran pretender nada en compensación, que es cabalmente lo que ocurre cuando el marido otorga donaciones dentro de los límites en que éstas le son permitidas. Además, GARCÍA parte de una afirmación errónea. Porque aun cuando se admita que el marido pueda disponer de los bienes gananciales libremente durante el matrimonio, incluso a título gratuito, ésto no puede llevarnos a la conclusión de que sean totalmente eficaces los legados ordenados por el marido durante la vigencia del matrimonio. El legado, negocio de disposición «mortis causa», no surte ningún efecto jurídico hasta que el testador muere, y, como tal negocio dispositivo, sólo podrá valer si el poder de disposición del testador subsiste en dicho momento. Si falta el legado podrá ser eficaz como carga para los herederos del testador (quienes estarán obligados a remover el obstáculo derivado de la falta de poder dispositivo del testador, o, si no pueden, a proporcionar al legatario el valor de la cosa legada), pero nunca podrá surtir efectos dispositivos directos. Por consiguiente no resulta posible apoyar en las facultades dispositivas del marido, *constante matrimonio*, la validez y eficacia absolutas del legado y el supuesto derecho del legatario a la entrega total e incondicionada de la misma cosa legada, salvo que quisiera sostenerse que entre estas facultades dispositivas está incluida la de disponer «mortis causa» de los bienes de la sociedad de gananciales, lo que sería hacer de la dificultad supuesto de la cuestión y es cosa, además, como veremos, negada unánimemente tanto por la doctrina antigua como por el derecho moderno. La otra razón esgrimida por GARCÍA (que la mujer, con la solución que él propone, no sufre perjuicio), tampoco es convincente. Porque aquí no se trata sólo de saber si el marido puede o no perjudicar económicamente a su mujer a consecuencia de los legados que otorgue, sino también de puntualizar si se puede prescindir de la voluntad de la mujer (o de sus herederos), en orden a la forma y manera de dividir los bienes comunes; ya que a prescindir de esa voluntad, al menos en parte, equivale imponer a la esposa que renuncie, en la división, a un objeto común conformando-

(24) «... Habet enim liberam constante matrimonio dispositionem vir quae hoc casu in saltem obtinebit, ut refuso damno uxori...», y concluye afirmando que la cosa legada, al morir el marido, pasa directamente al legatario: «... tale enim legatum, recta viae moriente viro ad legatarium transit...».

se con recibir otros bienes en pago de su haber. Lo cual, como ahora indicaré, al ocuparme de la tesis de MANRESA, no lo estimo posible.

Solución similar a la que hace siglos defendió GARCÍA es la que parece patrocinar MANRESA en nuestros días. Empieza MANRESA por afirmar que la palabra gananciales es expuesta a confusión, por que durante el matrimonio son gananciales los bienes a que la Ley asigna este carácter en los artículos 1.401 al 1.407 del Código civil, y, disuelta la sociedad es ganancial el sobrante de la liquidación después de reintegrar por completo a cada socio su capital y de pagar todas las deudas comunes. Ahora bien, el marido puede disponer, según el artículo 1.414, de su mitad de gananciales, expresión ésta que hay que referir al segundo concepto de gananciales, es decir, al remanente líquido, y por consiguiente, si dentro de la mitad de este remanente cabe el objeto legado, la disposición mortis causa puede llevarse a efecto ya que el marido se ha movido dentro de los límites del artículo 1.414 y no han sufrido perjuicio los intereses de la mujer, límite (único, por lo visto, según MANRESA), que el marido está obligado a respetar. E incluso MANRESA sostiene que hay que mantener el legado, si, aún no habiendo ganancias, aquél cabe en lo que por capital propio hay que restituir al marido cuando esta restitución proceda con cargo a los bienes comunes. En la liquidación de la sociedad conyugal, dice MANRESA, se prescinde del carácter concreto de los bienes, determinando numéricamente a cuánto asciende el capital privativo de cada cónyuge y si hay o no ganancias. El verdadero fin de la Ley es que no sufran perjuicio los intereses de la mujer importándole poco que se la reintegre con bienes de los calificados como gananciales o de los privativos del marido.

No puedo estar conforme con esta tesis de MANRESA, en la que, en mi opinión, hay varios equívocos que conviene esclarecer.

En primer lugar, una cosa es que el legado de un bien ganancial surta efectos en relación con los herederos del marido, obligados a su vez con el legatario, lo cual puede admitirse prescindiendo de cuáles sean las facultades dispositivas del marido sobre los bienes de la sociedad legal, y otra muy diferente que dicho legado, en la división del haber ganancial, sea vinculante para la mujer aunque económicamente no la perjudique. Aunque el legado quepa holgadamente en la mitad que sobre el remanente de ganancias corresponda al marido no veo que esa sea una razón para imponer a la mujer la adjudicación del objeto legado al lote del marido.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la distinción que formula MANRESA, cuando dice que la palabra «gananciales» es expuesta a confusión, no está, a mi entender, planteada correctamente. De los términos en que se expresa el comentarista se desprende, que, a su juicio, hay dos conceptos distintos de

bienes gananciales según que la expresión se refiera a la vida de la sociedad o la fase de disolución o liquidación de la misma. Y esto, dicho así, no es totalmente exacto. La verdadera distinción, para nosotros, es la que hay que establecer entre «bienes comunes» y «ganancias», por cuanto que bienes comunes, o bienes de la sociedad, son, justamente, todos los que reúnen las características determinadas en los artículos 1.401 al 1.407 del Código civil, mientras que ganancia sólo es el remanente de dichos bienes comunes después de satisfechos los conceptos que se especifican en los artículos 1.421 y siguientes del mismo Código. Ahora bien, los bienes que dada la índole de su adquisición son comunes no dejan de serlo por el hecho de que la sociedad entre en liquidación (25), ni, por consiguiente, aunque haya de satisfacerse con cargo a los mismos los capitales de los cónyuges o parte de ellos, lo que procederá cuando no existan en la sociedad conyugal los mismos bienes privativos y no se trate de casos en que la pérdida haya de sufrirla el esposo propietario (26).

Supuesto que los bienes comunes no pierden el carácter de tales, porque la sociedad entre en liquidación, a mí me parece claro que la determinación de cuáles tengan que ser los bienes comunes concretos que hayan de adjudicarse a cada esposo, bien en pago de su capital propio, cuando esto suceda, bien en pago de su parte en las ganancias, no es cosa que una de las partes (marido o sus herederos, o mujer o los suyos) pueda imponer a la otra. Las razones son obvias. En primer lugar, la disposición sobre los bienes de la sociedad, una vez que la misma haya entrado en disolu-

(25) Lo contrario, aparte de no haber razón alguna que lo abone, nos plantearía el absurdo problema de saber a quién pertenecen esos bienes en tanto no se adjudiquen a uno de los esposos o a terceros.

(26) Cfr. art. 1.425 del C. c. Por otra parte, si los bienes privativos de los cónyuges (o de alguno de ellos) se han invertido en atenciones de la sociedad, procede indudablemente al reembolso, con cargo a los bienes comunes, de lo gastado en estos conceptos. Si se trata de bienes del marido, esto es evidente, ya que, según el art. 1.426, sólo es divisible el remanente líquido después de deducidos los conceptos que se expresan en los artículos anteriores. En el 1.423 figura como partida a restituir, previa a todo reparto de ganancias, el capital del marido, sin que sea procedente rebajar del mismo dichos gastos, ya que según el art. 1.366, a que se remite el 1.423, tal rebaja sólo será admisible en cuanto a las deudas del marido contraídas por éste antes de casarse (o, por una razón de evidente analogía, en cuanto a las deudas contraídas por el esposo, en su exclusivo interés, aunque lo hayan sido después de casarse). Si los bienes que se han invertido y consumido en atenciones comunes son los de la mujer, ésta tiene igual derecho en base a las mismas razones. Creo, además, con la antigua doctrina, que en estos eventos la mujer no puede pretender que lo gastado para cubrir atenciones de la sociedad a costa de sus bienes propios se impute exclusivamente al capital del marido. Aparte de que el marido tenga responsabilidad, cuando proceda, si los bienes comunes no fueran suficientes, el espíritu de la ley está claro en el sentido de no querer que se repartan como ganancias más que lo que exceda después de pagar los capitales de los cónyuges y de cubrir las deudas de la sociedad y las cargas de la misma.

ción, corresponde conjuntamente a todos los interesados en ella. Las facultades dispositivas del marido cesan con él, pues son personalísimas, y se le conceden como gestor de una comunidad en movimiento y como jefe de la unión conyugal, y de aquí que también se extingan aunque la sociedad se disuelva por muerte de la mujer. Por consiguiente, rigen, en orden a la disposición sobre bienes del patrimonio ganancial en liquidación, las normas generales sobre disposición de bienes comunes, de las que resulta (arts. 397, 398, etc. del C. c.) la necesidad de que actúen al unísono todos los partícipes (27). Por otra parte, el derecho de la mujer o del marido a separar de la comunidad, cuando proceda, bienes suficientes para el pago, o parte de pago, de sus respectivos capitales, no puede implicar, cualquiera que sea la naturaleza de este derecho, ni la facultad de elegir, ni la obligación de aceptar determinados bienes a este fin. El ejercicio de este derecho y, naturalmente, la división de las ganancias, cuando las haya, implica en definitiva distribución y reparto de los bienes comunes, siendo indudablemente aplicables las reglas que regulan esa distribución. Y así tenemos que el artículo 1.708 del Código civil, aplicable en última instancia como supletorio por mandato del 1.395, nos remite a las normas reguladoras de la partición hereditaria, entre las que figura el artículo 1.059, sancionador del famoso y vituperado (probablemente con exceso) principio de unanimidad.

De lo dicho se sigue, por lo tanto, que el legado de un bien ganancial ordenado por el marido (o por la mujer, claro es) no puede vincular al otro cónyuge en la división del patrimonio común y sólo será susceptible de ser cumplido «in natura» si en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudica al lote de los herederos del testador. Tanto la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1934 como la Resolución de 18 de diciembre de 1916 afirman la trascendencia de la liquidación de la sociedad conyugal sobre el legado de gananciales (28).

Naturalmente, la necesidad de contar con el consentimiento de la mujer o de sus herederos para la plena eficacia «in natura» del legado no existiría si al marido se le reconociesen facultades dispositivas «mortis causa» sobre los bienes gananciales. De ser así, además, el objeto legado quedaría fuera del haber partible, sin que ni siquiera la mujer o sus herederos pudieran pretender compensación. Esta es, precisamente, la segunda de las dos variantes que, como antes indiqué, pueden señalarse dentro de la posición que ahora estamos analizando.

(27) Cfr. Resoluciones de 29 de abril de 1902, de 22 de septiembre de 1904, de 15 de febrero de 1915, de 2 de diciembre de 1929, de 16 de enero de 1941 y otras muchas más.

(28) La tesis que acabamos de impugnar prescinde, además, del problema de los límites cuantitativos del legado de gananciales, problema que después estudiaremos.

El común sentir de la doctrina, en todos los tiempos, ha sido, por lo general, contrario a reconocer al marido facultades de disposición «mortis causa» sobre los bienes de la comunidad conyugal. Ello hasta en el derecho antiguo, y eso a pesar de que en él las facultades dispositivas del marido eran tan amplias que amparaban el otorgamiento «inter vivos» de actos a título gratuito (29). Esta diferencia de trato establecida para las liberalidades «inter vivos» (permitidas al marido en otros tiempos) y para las «mortis causa», descansan en una razón de tipo técnico conjugada con la determinación del momento en que la disposición ha de surtir sus efectos. Como dice NAST, recogiendo la esencia de la doctrina tradicional, mientras el marido vivía era reputado señor y amo de la comunidad, pero a su muerte sus facultades desaparecían; a la disolución de la comunidad no era más que un asociado con derecho a la partición. Y como el testamento sólo surte efectos a la muerte, es, por tanto, un modo de disponer que sólo puede referirse a la porción del marido en la masa común. Entre nuestros clásicos, expone limpiamente esta doctrina Acevedo, al decir: «Et sic testamentum et ultima voluntate non poterit ut post mortem suam alienetur, quia tunc non durat matrimonium» (30).

(29) El art. 225 de las Costumbres de París incluye entre las facultades dispositivas que concede al marido la de donar entre vivos «a son plaisir et volonté, a personne capable et sans fraude». Este era, como dice LAURENT («Principes de Droit Civil Français», 2.^a edición, tomo 22, pág. 14), el derecho común en los países de costumbres, aunque algunas, como las de Anjou, Maine y Lodunois, según afirma POTHIER (ob. cit., pág. 259), no permitían al marido donar entre vivos. El Código de Napoleón conservó esta facultad del marido, pero restringiéndola notablemente. Así, el art. 1.422 del Code prohibe al marido las donaciones de inmuebles, y en cuanto a las de muebles, no puede efectuarlas cuando se trate de una universalidad o cuando la donación se haga con reserva de usufructo. La ley de 22 de septiembre de 1942 ha adoptado una actitud más radical y prohíbe al marido toda donación entre vivos, incluso para el establecimiento de hijos comunes, sin el consentimiento de la mujer. El texto de la ley, dicen COLIN y CAPITANT (10.^a edición del Curso elemental, revisada por LEÓN GUILLOT DE LA MORANDIERE, 1950, tomo 3.º, página 215), no hace ninguna reserva. Quizás quepa permitir al marido que haga los regalos de costumbre, pero entonces cabe entender que tendrá el consentimiento tácito de la mujer.

Entre nuestros autores clásicos se discutió ampliamente si las facultades dispositivas del marido sobre los bienes comunes le autorizaban para otorgar, por su exclusiva voluntad, donaciones de los mismos. ANTONIO GÓMEZ (ob. citada, pág. 405) fué el más caracterizado defensor de la tesis permisiva. MARTÍNEZ, por el contrario, sostuvo la opinión opuesta, negando que en la facultad de enajenar esté comprendida la de donar, dada la naturaleza especial de la donación, «Donatio est titulus dissipativus...». No faltaron otros que sustentaron opiniones intermedias. MOLINA (cit. por BENITO GUTIÉRREZ, «Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español», tomo 1.º, páginas 580-81), estima que el marido puede hacer donaciones moderadas y con causa, mas no copiosas o sin causa que disipen el patrimonio.

En el Código civil la cuestión está resuelta. Como se desprende del artículo 1.413, párrafo 1.º, el marido, por regla general, no puede disponer a título gratuito de los bienes comunes. Sólo se le permiten las donaciones establecidas por el art. 1.415.

(30) Sin embargo, líneas más abajo el autor hace alusión a un supuesto

En el derecho vigente no existe la posibilidad de que el marido disponga «mortis causa» de bienes concretos de la sociedad de gananciales en perjuicio de la mujer. El artículo 1.414 del Código civil, al decir que el marido no podrá disponer por testamento más que de su mitad de gananciales, establece claramente el principio de que «mortis causa» cesan las facultades que, para actos «inter vivos», se le conceden, limitando el alcance de las disposiciones testamentarias del marido, en lo que a la mujer y sus herederos se refiere, a los derechos que como participe en la comunidad le corresponden. Habida cuenta, pues, de estos principios se comprende que ni siquiera en los casos especiales en que la ley permite al marido disponer a título gratuito de bienes de la sociedad (cfr. art. 1.415 del C. c.) cabe entender que tales liberalidades puedan otorgarse «mortis causa».

Descartada, pues, la posibilidad de reconocer a los legados de bienes gananciales otorgados por uno de los cónyuges (a los ordenados por la mujer son, con mayor razón aún, aplicables los argumentos expuestos) eficacia plena e incondicionada en todo caso, pasemos ahora a examinar las teorías que atribuyen a dichos legados una eficacia relativa o limitada.

B

Eficacia relativa o limitada del legado de gananciales ordenado por uno solo de los cónyuges.

La gran mayoría de los autores que se ocupan, más o menos detenidamente, del legado de cosas de la comunidad conyugal, convienen en no atribuir a estos legados más que una eficacia relativa o limitada. Pero, aun aceptado este común denominador, las soluciones difieren notablemente tanto en orden al relieve práctico de las mismas como en lo que se refiere a su fundamentación técnica.

Las principales posiciones doctrinales que, sobre la base de reconocer al legado de gananciales una eficacia relativa o limitada, pueden señalarse, son cuatro. 1.ª Equiparación, en todo caso, del legado de cosa ganancial al legado de cosa ajena. 2.ª Equiparación alternativa del legado de cosa ganancial a los legados

en el que recuerda, en cierto modo, la opinión de GARCÍA. Dice ACEVEDO. «... ut puta si jubeat testator, quod servum Titium habebat Sempronius in sex mille morapetines, cum plus valerit nam per hoc non potest uxore praeiudicare in parte sua veri valoris servi illius...». Parece que el único perjuicio a la mujer que preocupa al clásico, en este caso, es el derivado de la valoración hecha por el testador. Cfr. ACEVEDO, ob. cit., libro V, título IX, ley V, tomo 3.º, pág. 303.

de cosa propia si la cosa legada se adjudica al lote del testador o a los legados de cosa ajena en el supuesto contrario. 3.ª Condicionamiento de la eficacia del legado a que la cosa objeto del mismo se adjudique al lote de los herederos del testador; y 4.ª Tratamiento del legado de gananciales como legado de cosa en parte propia del testador.

Expondremos a continuación estas cuatro posiciones para apuntar después nuestra propia opinión sobre el problema.

a) *Equiparación, en todo caso, del legado de cosa ganancial al legado de cosa ajena.*

Esta tesis es la sostenida entre nosotros primero por ARENAS y después, más ampliamente, por GAYOSO ARIAS (31).

El fundamento teórico de esta solución se encuentra en la construcción de la sociedad de gananciales como persona jurídica. Supuesto, en efecto, que la sociedad de gananciales sea un ente con personalidad propia, independiente de la de cada uno de los cónyuges, habrá que admitir que pertenecen a este nuevo sujeto, y no a los esposos, los bienes que integran el patrimonio conyugal. En consecuencia, el legado de un bien ganancial ordenado por uno de los cónyuges será un legado de cosa perteneciente a un sujeto distinto del testador, un legado, en suma, de cosa ajena que habrá de regirse por los artículos 861 y 862 del C. c. Por tanto, y cuando, a tenor de dichos preceptos, el legado de cosa ganancial sea válido, los herederos del testador estarán obligados a procurar la adquisición de la cosa legada, y no siendo posible deberán dar al legatario su justa estimación (32).

En mi opinión, esta articulación del legado de cosa ganancial como legado de cosa ajena no es aceptable. Y no lo es por dos razones. Primero, porque no creo que la sociedad de gananciales sea una persona jurídica, con lo cual niego que constituye el fundamento principal de esta teoría. Y segundo, porque entiendo que la misma conduce, procediendo con lógica, a conclusiones que estimo excesivas y arbitrarias desde un punto de vista práctico.

Los argumentos de quienes sostienen que la sociedad de gananciales constituye una persona jurídica pueden, sustancialmente, reducirse a dos: la autonomía más o menos absoluta de que goza el patrimonio ganancial en relación con el privativo de cada consorte, y desde el punto de vista jurídico formal, la remisión que el artículo 1.395 del C. c. hace a las normas que disciplinan el contrato de sociedad, entre las que se cuenta el artículo 1.669.

(31) Cfr. trabajos citados en nota 1.

(32) La adquisición de la cosa legada, en el caso de que el otro cónyuge o sus herederos se muestren propicios a facilitarla, puede realizarse de dos maneras: bien excluyendo del patrimonio de la sociedad en liquidación el objeto legado previo pago de su importe, que sería incorporado a aquel patrimonio para su liquidación y reparto con los demás bienes que lo componen: bien, y esto es lo más sencillo y fácil, adjudicando al lote del testador la cosa legada en la división del patrimonio común.

que atribuye, como regla general, personalidad jurídica a las sociedades civiles. Este último argumento es invocado con especial predilección por GAYOSO ARIAS (33) y ha sido esgrimido también recientemente, según tengo entendido, por ROMERO CERDEIRIÑA en apoyo de la personalidad jurídica que se pretende atribuir a la sociedad de gananciales (34).

A mi modo de ver, ni la autonomía del patrimonio ganancial ni la remisión ordenada por el artículo 1.395 son motivos bastantes para estimar que la sociedad de gananciales sea, en sí, sujeto de derechos.

La autonomía del patrimonio ganancial no es una razón para reconocer sin más, en base a la misma, personalidad jurídica a la sociedad de gananciales. Porque, si bien la personalidad jurídica es un instrumento técnico para obtener la autonomía de un patrimonio, ni es el único medio hábil para conseguir tal fin, ni es tampoco el más apropiado en todos los casos. El moderno concepto de la responsabilidad patrimonial, la teoría del patrimonio, enriquecida con la construcción técnica del patrimonio separado individual y del patrimonio separado en comunidad (35), hacen hoy innecesario acudir al artificio de la persona jurídica para explicar con él, forzosamente, todo supuesto de autonomía patrimonial. Por otra parte, la persona jurídica no siempre es el instrumento más adecuado para dotar de autonomía a ciertas masas de bienes. La contraposición terminante entre la persona jurídica de un lado y sus miembros de otro, sólo encaja perfectamente en aquellos supuestos en que el sustratum personal de la asociación (empleando la palabra en su más amplio sentido), dotado de una fuerte organización corporativa, es fungible, careciendo de importancia, o teniéndola muy relativa, las condiciones personales de los miembros. Por eso cuando no se dan esas circunstancias, la utilización de la personalidad jurídica como instrumento técnico conduce, en muchos casos, si se quiere proceder con lógica rigurosa, a consecuencias prácticas inadmisibles, salvo que la rigidez de la construcción dogmática se atempere a la realidad y no se pierda de vista la finalidad práctica que con ella se pretende verdaderamente conseguir y alcanzar (36).

(33) Ob. cit., pág. 165.

(34) Cfr. Actos de disposición sobre bienes gananciales: un parche reglamentario. Conferencia pronunciada en la Academia Valenciana de Derecho, según la reseña de JULIO PASCUAL DOMÍNGO en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1949, II, pág. 573.

(35) Como dice AUGUSTO PINO—«El patrimonio separado». Cedam, 1950, pág. 2—, el patrimonio separado y el patrimonio autónomo, expresión utilizada muchas veces para designar el patrimonio común independiente, tienen una idéntica naturaleza jurídica y se diferencian el uno del otro en que el primero pertenece a un solo sujeto y el segundo a varios.

(36) Así lo sostuve, exponiendo mi punto de vista más ampliamente, en mi conferencia «La sucesión en el patrimonio de las sociedades mercantiles disueltas», pendiente de publicación en los Anales de la Academia Matritense del Notariado.

Por otro lado, tampoco resulta convincente la invocación del artículo 1.669 a través del artículo 1.395, lo cual permitiría llenar el requisito exigido por la doctrina dominante de ser necesario el reconocimiento del derecho objetivo para que la persona jurídica pueda existir. Entre otras razones, en cuya exposición no puedo detenerme (37), cabe señalar ésta. La función del artículo 1.395 del C. c., al remitir a los preceptos reguladores del contrato de sociedad en todo lo que no se oponga a lo especialmente prevenido para la sociedad de gananciales es indudablemente la de llenar los vacíos normativos que puedan observarse en esa regulación especial. Pero la aplicación del artículo 1.669 del C. c. a la sociedad de gananciales, en cuanto que dicho precepto atribuye personalidad jurídica a las sociedades civiles, resulta perfectamente superflua y, por tanto, improcedente, porque la finalidad que se persigue con la concesión de personalidad jurídica a las sociedades civiles no es otra que la de dotar de autonomía al patrimonio social, evitando la aplicación de las normas reguladoras de la comunidad de bienes, y ambas finalidades se cumplen in-

(37) Estas razones, además de la invocada en el texto, son las siguientes:

1.ª Como dice LACRUZ BERDEJO (*Naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1950, I, página 28), es evidente que el art. 1.669 del Código civil está pensado para las verdaderas y propias sociedades y, por tanto, no puede ser aplicable a la sociedad de gananciales, que además de hallarse regulada por normas muy distintas, no es una verdadera y propia sociedad. Y es que entre la sociedad de gananciales y las sociedades propiamente dichas existen diferencias verdaderamente fundamentales. La sociedad tiene siempre origen contractual, mientras que la sociedad de gananciales, aunque pueda nacer de pacto, tiene, normalmente, en nuestro Derecho común origen legal. Las sociedades civiles (y las mercantiles) se disuelven por causas totalmente distintas a las que determinan la extinción de la sociedad de gananciales, que no puede terminar por acuerdo de cónyuges, al revés de lo que ocurre en las primeras. La sociedad civil está organizada sobre la base de la igualdad de derechos entre los socios, lo que no ocurre en la sociedad de gananciales, en la que el marido monopoliza la administración y, en cambio, soporta preferentemente las pérdidas. Finalmente, y ésta es la diferencia más importante, el fin de ambos institutos es diferente. Porque, como dice TEDESCHI (*Il regime patrimoniale della famiglia*, volumen tercero, tomo I del «Tratado de Derecho Civil», dirigido por VASSALLI, 1950, pág. 714), mientras el fin de lucro es esencial en el contrato de sociedad, no lo es, en cambio, en la comunidad conyugal (aunque tampoco lo repugne), ya que el natural destino de los bienes de ésta es el de sostener las cargas del matrimonio.

2.ª El segundo término, el funcionamiento de la sociedad legal, muy distinto al de la verdadera y propia sociedad, no se acopla a la idea de que aquélla sea una persona jurídica. Cuando el marido, gestor de la comunidad, realiza adquisiciones a costa del caudal común o contrae alguna obligación de las comprendidas en el art. 1.408 del Código civil, *aunque obre en nombre propio* adquiere para la sociedad y obliga a ésta (cfr. arts. 1.401-1.º, 1.408 y 1.422). Las personas jurídicas, para resultar obligadas, requieren la actuación en su nombre del que obre por ellas (se le califique de representante o de órgano). Así resulta en nuestro Derecho, con toda claridad, de los artículos 1.697, párrafo primero, y 1.698, párrafo segundo, del Código civil.

No se olvide, además, que una de las dos circunstancias que según el artículo 1.669 privan de personalidad jurídica a la sociedad es precisamente la de que los socios contraten en nombre propio con terceros, que es lo que nor-

dependientemente dentro de la regulación especial dictada para la sociedad de gananciales.

Además, aunque se repute persona jurídica a la sociedad de gananciales, el derecho indudable que los socios tienen a una cuota del patrimonio social, ejercitable cuando llegue el momento de la disolución de aquélla y máxime tratándose de una sociedad tan especialísima como la constituída por marido y mujer, impiden considerar completamente ajenas las cosas integrantes del patrimonio ganancial, no siendo procedente, en consecuencia, regular el legado de gananciales como un simple legado de cosa ajena, lo cual, como antes se apuntaba, llevaría a consecuencias prácticas excesivas y exorbitantes. Porque, efectivamente, si el legado de cosa ganancial fuera un simple legado de cosa ajena, habría de proclamarse su nulidad en la mayor parte de los casos. Veamos por qué.

Desde el derecho romano hasta nuestros días viene exigiéndose para la validez del legado de cosa no perteneciente al testador

malmente ocurre en la sociedad de gananciales. La contratación habitual en nombre propio es la forma de mantener secretos entre los socios los pactos sociales (primera circunstancia excluyente de la personalidad jurídica según el artículo 1.669), especialmente cuando éstos no han revestido formalización pública, que es el caso normal de la sociedad de gananciales, que aunque rige por ministerio de la ley, puede no existir si se estipula otro régimen conyugal. Vemos, pues, que aunque se estimara aplicable el art. 1.669 a la sociedad de gananciales, sería bastante dudoso que, a tenor de dicho precepto aquélla gozara de personalidad jurídica.

3.ª La personalidad jurídica reclama un patrimonio propio que habrá de responder exclusivamente, o al menos en primera línea, de sus obligaciones. De las obligaciones de la sociedad de gananciales responden en el mismo plano los bienes comunes y los privativos del marido (cfr. art. 1.422 del Código civil), y no responden, por lo menos como regla general, los bienes particulares de la mujer.

¿Qué opina sobre esta cuestión la jurisprudencia? Mientras la doctrina de la Dirección general, muy nutrida sobre la materia, tiende a configurar a la sociedad de gananciales como un patrimonio en mano común, la jurisprudencia del Supremo ha hablado en ocasiones de la sociedad de gananciales pensándola entidad jurídica distinta de la personalidad de cada uno de los cónyuges. (Confróntense sentencias de 22 de mayo de 1915 y de 18 de diciembre de 1950). Esta última sentencia sostiene que la sociedad de gananciales constituye una entidad distinta de la persona física de los cónyuges, para deducir de ahí que la venta hecha al marido de una de las condueñas, y referente a una participación proindiviso en una cosa común, es venta hecha hacia un extraño, aunque la participación comprada tenga carácter ganancial del comprador y de su esposa. Da lugar, en consecuencia, al retracto de comuneros. A mi entender, el Alto Tribunal no necesitaba apelar a esta construcción para llegar al mismo resultado práctico. Bastaba con que hubiese afirmado que al adquirir la participación vendida carácter ganancial de una copropietaria y de su esposo, viene a caer bajo el control exclusivo, o casi exclusivo, de éste, extraño a la comunidad. Y, por tanto, como la finalidad del retracto de comuneros es, al mismo tiempo que la de procurar la eliminación del condominio, la de evitar la ingerencia de elementos extraños en la comunidad, pudo dar lugar al retracto estimando que en el caso concreto se daban las razones que justifican la existencia de dicho instituto.

que éste sepa que la cosa que lega es ajena (38). En nuestro derecho, el artículo 861 del C. c. establece que el legado de cosa ajena, si el testador al legarla sabía que lo era, es válido, y el artículo 862, como lógico complemento, declara la nulidad del legado cuando el testador ignoró dicha circunstancia, correspondiendo al legatario probar que el testador sabía ser ajena la cosa legada (art. 861, párr. 2.º) (39).

A la luz de estos preceptos sólo muy raramente podrá sostenerse la validez del legado de gananciales si se estima que el mismo constituye un caso de legado de cosa ajena.

En primer término, no cabe duda que de acuerdo con dicha tesis, el legado de gananciales será nulo si el testador, erróneamente, ha creído que era de su propiedad exclusiva la cosa ganancial legada. Esta solución, quizá demasiado dura, incluso en esta hipótesis, es, desde luego, la que mantiene GAYOSO ARIAS (40) para el evento indicado.

Pero esta primera hipótesis no preocupa grandemente a los partidarios de la teoría que estamos impugnando. Dice GAYOSO, con razón, que siendo el régimen ganancial una noción jurídica tan vulgarizada, lo corriente, lo normal, es que el testador, al disponer de una cosa ganancial, sepa efectivamente que la cosa legada tiene ese carácter. Estamos conformes con esta afirmación de GAYOSO. Pero lo que no cabe sostener, a mi juicio, es que los testadores normalmente consideran ajenas las cosas integrantes del patrimonio ganancial, lo que sería necesario para la validez del legado si éste fuera efectivamente un simple legado

(38) Al decir de BIONDI (cfr. *Successione testamentaria e donazioni*, volumen X del «Trattato di Diritto Romano», dirigido por ALBERTARIO, pág. 421), parece que en un principio el legado de cosa ajena se consideró válido incondicionalmente. Pero después, una decisión de NERAZIO, confirmada por ANTONIO PFO, declaró válido el legado solamente en el caso de que el testador supiera que la cosa que legaba era de otro. Excepcionalmente, el legado de cosa ajena reputada propia por error, fué considerado válido en algunos casos (legado de manumisión, y el hecho *proximae personae vel uxori, vel tali alii personae*). casos extendidos por los doctores del Derecho común a algunos otros que se consideraron merecedores de favor, como los legados pios y los remuneratorios.

En nuestro Derecho, dice POLACCO (*De las Sucesiones*, segunda edición, revisada por ASCOLI y EVELINA POLACCO, traducción española de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1950, tomo I, pág. 391), refiriéndose al italiano, no se establece ninguna excepción para el requisito de que el testador conozca que lo que lega es ajeno. Y otro tanto puede decirse del Código civil español. El criterio del B. G. B. es, sin embargo, más flexible. Aunque en principio el legado de cosa no perteneciente a la herencia es, como tal, ineficaz, si la voluntad del testador resulta que tiende, de manera demostrable, a que el designado reciba el objeto, aunque no pertenezca a la herencia, el legado es eficaz como legado de «suministro». (Parágrafo 2.169 del B. G. B. Cfr. tomo V, vol. segundo del *Tratado* de ENNECERUS, por KIP, cit. más atrás, págs. 173 y 174).

(39) En el Derecho español, a diferencia de lo que ocurre en la legislación italiana, no se exige que el conocimiento del testador resulte del mismo testamento.

(40) Ob. cit., pág. 172.

de cosa de otro. No es fácil que haya ningún marido, ponga por ejemplo, que reputa ajeno lo que ha adquirido a su nombre y con su esfuerzo, y esto aunque le conste el carácter ganancial de la adquisición. Sólo de un esposo perito en derecho, conocedor de las diversas teorías formuladas en torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y convencido, además, de que ésta es una persona jurídica, podría decirse, con fundamento que ha reputado ajena una cosa ganancial y que ha querido legarla como tal cosa ajena. Pienso honradamente que un marido que reúne todas estas condiciones es realmente una «rara avis». Luego, salvo este caso, a todas luces excepcional y académico, en los demás habría que declarar nulo el legado de una cosa ganancial ordenado por cualquiera de los cónyuges.

GAYOSO se hace cargo de esta dificultad. Lo corriente—dice—es que el testador, conocedor de que la cosa es ganancial, crea que aquélla le pertenece por mitad con el otro cónyuge. Pero es que, aunque partamos de esta base, y siempre considerando que los bienes gananciales son ajenos, el legado no será por ello menos nulo. En efecto, si entendemos que el testador ha querido hacer simplemente un legado de cosa en parte propia y en parte ajena, tal como lo prevé el artículo 864 del C. c. (de cuyo artículo nos ocuparemos después ampliamente), tendremos que el legado será nulo en cuanto a la parte que el testador reputó propia, y que realmente no lo es si se acepta la tesis que impugnamos, y será nulo también en cuanto a la parte que el testador estimó que era ajena, porque, en principio, el artículo 864 entiende que los legados de cosas en que el testador tiene una parte se concretan exclusivamente a ella. Y hasta en el supuesto de que el testador hubiese declarado expresa y terminantemente que legaba, no sólo la parte propia, sino también la ajena, el legado habría de limitarse, paradójicamente, a ésta.

GAYOSO reconoce que estas son las consecuencias que lógicamente se desprenden de su tesis. Trata de atenuarlas diciendo que en este caso se debe aplicar la doctrina romanista según la cual aunque el testador ignore que la cosa legada es ajena hay que dar por válida la disposición si puede presumirse que, aún habiéndolo sabido, hubiera ordenado el legado. Pero sobre que esta doctrina no tuvo nunca carácter general, sino que se refirió siempre a casos concretos, más o menos extendidos, su aplicación al derecho vigente olvida el carácter terminante de los artículos 861 y 862 del Código civil que para cortar toda posible discusión sobre el particular exigen concluyentemente el requisito del conocimiento del testador sobre el carácter ajeno de la cosa (41).

(41) GAYOSO, además, al hacer aplicación de esta doctrina invoca el art. 864 del Código civil, limitando en la hipótesis estudiada el alcance del legado a la mitad de la cosa. Pero la aplicación del art. 864 sólo puede conducir, aceptando la tesis de que las cosas gananciales son ajenas, a la nulidad del legado, como

A mi modo de ver, y según ya he dicho, el legado de cosa ganancial no puede considerarse un simple legado de cosa ajena (42) y por ello no cabe, en principio, llegar a las conclusiones prácticas, tan graves, que acabo de denunciar. No es procedente, pues, la aplicación *en bloque* a los legados de cosa ganancial de las normas que regulan los legados de cosas ajenas, lo cual no se opone, naturalmente, a que por analogía puedan invocarse para el legado de cosa ganancial *algunas* de las soluciones dictadas para el legado de cosa ajena cuando la razón de derecho de dichas soluciones se dé igualmente en los dos supuestos.

b) *El legado de cosa ganancial como legado de cosa propia si el objeto a que se refiere se adjudica a los herederos del testador, y como legado de cosa ajena en el caso contrario:*

Con arreglo a esta tesis, que tiene su fundamento teórico en el efecto retroactivo que se atribuye a toda partición, concebida como activo declarativo, si la cosa legada se adjudica en la división del patrimonio ganancial al lote de los herederos del testador hay que entender que a éste ha pertenecido, desde el comienzo de la comunidad, la cosa legada. En consecuencia estaremos, en esta hipótesis, ante un legado de cosa propia perfectamente válido. Por el contrario, si la cosa legada se adjudica al otro cónyuge deberá entenderse que la cosa no perteneció nunca al testador, y, por tanto, debe estimarse legada una cosa ajena. Sobre esta base no es necesario, para dar validez al le-

ya hemos visto. Cualquiera otra aplicación del precepto resulta difícilmente compatible con esta tesis. Por esto los razonamientos de GAYOSO invocando dicho artículo resultan confusos y contradictorios. (Cfr. ob. cit., pág. 170 *in fine*.)

(42) Otra cosa sería, ciertamente, pretender aplicar por analogía al legado de gananciales las normas que regulan el legado de cosa ajena, aun admitiendo que no se trata de un legado de esta clase. Quizá sea éste el pensamiento de KIPP cuando dice (obra y lugar citados) que el legado de un objeto perteneciente a un patrimonio en mancomún en que esté interesado el testador, ha de considerarse legado de cosa no perteneciente a la herencia. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en el Derecho alemán se habla más que de legado de cosa ajena de *legado de cosa no perteneciente a la herencia*, y que la regulación de estos legados es más flexible que la del legado de cosa ajena en los países latinos.

Con la tesis que, negando ser la cosa ganancial una cosa ajena, sostuviera, sin embargo, la aplicación por analogía, a los legados de cosa ganancial, de las normas reguladoras de los legados de cosa ajena, podría entenderse sustituido el requisito subjetivo del conocimiento del testador, en orden al carácter ajeno de la cosa, por el conocimiento de la naturaleza ganancial de la cosa legada.

Con todo, y aunque creo que alguna de las soluciones y principios formulados para el legado de cosa ajena son aplicables, por analogía, al legado de gananciales, no me parece procedente una aplicación analógica integral de aquellas normas, como más adelante expondré. Además, el hecho de no ser el legado de cosa ganancial legado de cosa ajena plantea problemas específicos en cuanto a su extensión, que no se suscitan en tema de legados de cosas *totalmente* ajenas.

gado en la segunda de las dos hipótesis contempladas, que el testador haya reputado ajena la cosa legada. Basta con que haya sabido que es ganancial. Si conoce este extremo, lo cual, como dice la revista de «Legislación y Jurisprudencia» debe presumirse, sabe también que la cosa, en la división del haber ganancial, puede adjudicarse a la otra parte y en consecuencia que puede llegar a ser ajena.

Esta teoría, que es la sostenida entre nosotros por la revista General de Legislación y Jurisprudencia (43), al evacuar una consulta que se le formuló, es también la que palpita en el artículo 1.423 del Código civil francés. Dispone este artículo en su párrafo segundo que si el marido lega (44) un bien de la comunidad conyugal, el legado se cumplirá en especie, y el objeto legado habrá de entregarse por entero al legatario, si dicho objeto, en la partición, cae en el lote de los herederos del marido, y, por el contrario, se cumplirá por equivalente si la cosa legada se adjudica a la mujer o a sus herederos, en cuyo caso el legatario podrá pretender de los herederos del marido el valor total de la cosa legada, respondiendo de este valor dichos herederos tanto con la parte que en la comunidad tenía su causante como con los bienes particulares de éste. Para explicar este precepto, los autores franceses utilizan la teoría del efecto retroactivo de la partición (teoría, por lo demás, netamente francesa) y estiman, en consecuencia, que el legado resultará de cosa propia del marido si se adjudica al lote de éste, o de cosa ajena en el supuesto contrario.

Así entendido el precepto, su contenido (en la segunda de las dos hipótesis posibles), resulta en contradicción, aparente al menos, con lo dispuesto por el artículo 1.021 del mismo Código francés que declara nulos los legados de cosa ajena (45). La doctrina francesa, a la vista de esta disposición del artículo 1.021 del Code, ha tratado de explicar el artículo 1.423 de diversos modos. Para algunos autores como TROPLONG y MARCADÉ (46), lo establecido en el artículo 1.423 al afirmar la validez del legado en el caso de que la cosa objeto del mismo se adjudique a la mujer, en cuyo caso debe entregarse el valor de lo legado, obedece a la necesidad de prevenir el fraude que en otro caso podría producirse. Si el legado se declarase nulo de ser adjudicada a la mujer la cosa legada bastaría a los herederos del marido,

(43) Cfr. consulta citada en nota 1.

(44) El precepto dice: si el marido «dona testamentariamente».

(45) El fundamento del art. 1.021 del Código civil francés se encuentra, probablemente, como dice TRASBOT (tomo V del tratado de PLANIOL RIPERT, cit. página 630), en el deseo de evitar las dificultades suscitadas en la práctica, en relación con la prueba de si el testador sabía o no ser ajena la cosa legada. La jurisprudencia ha templado algo el rigor del precepto. Cfr. sobre la interpretación jurisprudencial del art. 1.021 del Código civil francés la citada obra de TRASBOT, página 641.

(46) Cits. por BAUDRY LACANTINERIE en ob. cit., pág. 626.

para frustrar la voluntad del testador, ponerse de acuerdo con la mujer para incluir en su lote el objeto legado. Para otros autores lo que ocurre es que el artículo 1.021 no se aplica a los legados de cosas en las que el testador tiene una parte (47). Una tercera tesis defendida por LAURENT (48) y NAST (49), sostiene que el artículo 1.423 del Código civil se funda en la presunta intención del testador, que al legar un objeto de la comunidad ha tenido que contar con la eventualidad de que la cosa legada se adjudique a la mujer en la partición, siendo lógico suponer que, para tal evento, ha querido legar el valor de la cosa. Finalmente, una cuarta posición, sostenida entre otros por COLÍN y CAPITANT (50), funda el artículo 1.423 en los poderes especiales del marido sobre la comunidad (51).

La importancia práctica de esta discusión estriba en la posibilidad de extender el artículo 1.423 a los legados de bienes comunes ordenados por la mujer. Parece, que a tenor de las tres primeras teorías, la respuesta debe ser afirmativa (52). En cambio, la cuarta excluye toda posible aplicación del precepto a los legados ordenados por la mujer. Precisamente dicha teoría se ha formulado para justificar el criterio de la jurisprudencia francesa que, muy reiteradamente, ha dicho que el artículo 1.423 del Code es de interpretación restrictiva.

Pero dejemos ya de ocuparnos en particular del artículo 1.423 del Código francés y veamos si la construcción, que, según la doctrina francesa, le inspira es o no aceptable en nuestro derecho, que no cuenta, desde luego, con un precepto similar.

Indudablemente, la teoría que reputa el legado de cosa ganancial legado de cosa propia o legado de cosa ajena, según que la cosa legada se adjudique en la división del haber común al lote del testador o al de su cónyuge, es una teoría que, además de obviar los inconvenientes prácticos que se oponen a la que en primer lugar expusimos, cautiva a primera vista por su sencillez. Tiene, sin embargo, el inconveniente de apoyarse en un fundamento técnico deleznable, el efecto retroactivo de la partición en virtud del cual si la cosa legada se adjudica al lote de los herederos del testador hay que entender que siempre perteneció a éste, o al otro cónyuge en el caso opuesto. Porque ¿es admisible

(47) En este sentido, DURANTON, MOURLON y otros autores citados por B. LA CANTINERIE en obra y lugar citados.

(48) Ob. cit., pág. 44.

(49) Ob. cit., pág. 604.

(50) Ob. cit., pág. 214.

(51) Sin embargo, como dice con razón NAST (ob. cit., pág. 604), de ser cierto que el art. 1.423 se fundara en las facultades especiales del marido, el legado de una cosa común hecho por aquél debería cumplirse, siempre en especie, sin que la cosa legada pudiera incluirse en el lote de la mujer.

(52) Esto, no obstante, LAURENT (obra y lugar citados), estima que por ser el art. 1.423 una excepción a lo dispuesto en el art. 1.021, debe ser interpretado restrictivamente.

esta construcción, de puro sabor francés, según la cual la partición es un acto declarativo con efectos retroactivos? Después de todo lo que se ha escrito sobre el particular no creo necesario ocuparme detenidamente del tema. Basta recordar que la teoría declarativa es rechazable porque se apoya en definitiva en una ficción y trata de borrar la situación previa de indivisión que indudablemente ha existido (53). Como dice MARTÍN LÓPEZ (54) la partición no puede considerarse acto meramente declarativo porque los actos declarativos no modifican situaciones jurídicas preestablecidas, y en cambio la partición altera, indudablemente, el estado anterior de comunidad. Por otra parte los inconvenientes prácticos para evitar los cuales se ha ideado la teoría declarativa y que se atribuyen al sistema traslativo lo son más bien de la concepción atomista y rabiosamente romana de la comunidad hereditaria. Articulando ésta en forma distinta desaparecen aquellos inconvenientes en cuanto no quepa la disposición individual y aislada sobre participaciones o cuotas de derechos concretos (55).

Lo que ocurre en realidad, al morir el testador, es que, con su herencia, pasa a los herederos el derecho que le corresponde sobre el patrimonio común (56), cuyo derecho es sustituido por los bienes concretos que se adjudiquen a su lote en la división de aquél. Es pues a todas luces exagerado e inexacto entender que, en virtud de la partición, el testador ha tenido siempre, o no ha tenido nunca, la propiedad exclusiva del objeto ganancial legado.

También, la teoría que estamos comentando, desde el punto de vista práctico puede conducir a consecuencias absurdas a pesar de que, en este terreno, parezca, a simple vista, sencilla y viable. En efecto, con arreglo a dicha teoría para determinar cuál es la naturaleza del legado de una cosa de la comunidad conyugal ha de esperarse al resultado de la partición. Si en ésta la cosa legada

(53) Entre los mismos autores franceses, muchos reconocen el carácter ficticio de la teoría declarativa. Cfr. MAURY y VIALLETON, tomo IV del tratado de PLANIOL RUPERT cit., págs. 694 y siguientes.

(54) Carácter y efectos de la partición de herencia, en «Revista de Derecho Privado», 1936, pág. 88.

(55) A mi modo de ver, la partición puede imaginarse como un acto especificativo cuyo mecanismo consiste en que cada uno de los partícipes renuncia al derecho que le corresponde sobre los bienes adjudicados a los demás, con lo cual el derecho que el adjudicatario ya tiene sobre los bienes adjudicados y que ha recibido del causante, se convierte en un derecho normal y unitario al cesar sobre el objeto la limitación que supone el derecho de los demás propietarios. Esta elasticidad (la doctrina habla, impropriamente quizá, de acrecimiento) de la copropiedad es como dice SALS (cfr. *La comunione*, pág. 6 y siguientes), una de sus características más acusadas. Así se explica que en todo caso, y con respecto a la totalidad de los objetos adjudicados, cada heredero haya de reputarse sucesor directo del causante sin perjuicio de las relaciones jurídicas existentes entre los coherederos.

(56) Más exactamente, los derechos que como partícipe en el patrimonio ganancial le corresponden sobre los bienes que integran éste.

se adjudica al lote del testador, el legado lo será de cosa propia, y si se adjudica al otro cónyuge, de cosa ajena. Por consiguiente: si la cosa legada se adjudica a ambos cónyuges previa su división, hipótesis perfectamente posible, tendremos un legado vulgar y corriente de cosa en parte propia y en parte ajena. Careciendo en nuestro derecho de un precepto paralelo al artículo 1.423 del Código civil francés habrá que aplicar inexcusablemente en tal hipótesis el artículo 864 del Código civil que regula estos legados. A tenor de este artículo, que limita el alcance de dichos legados a la parte propia del testador, salvo que éste expresamente haya declarado que lega la cosa por entero, el legado habrá que limitarlo a la parte de la cosa adjudicada al lote del testador. Y así tendremos la consecuencia absurda de que el legado irrogará un beneficio menor en esta hipótesis al legatario que el que le proporcionaría la adjudicación completa de la cosa legada al otro cónyuge, ya que, en este caso, al ser el legado un legado de cosa totalmente ajena habría que entregar al legatario todo el valor de la misma. Paradójicamente, pues, con esta teoría, saldrá más beneficiado el legatario si a la herencia del testador nada se le adjudica en la cosa legada que si se le adjudica parte. Queda dependiendo, así, de un factor aleatorio, cual es el resultado de la partición, no ya la forma de cumplir el legado, sino la extensión del mismo.

c) *Condicionamiento de la eficacia del legado a que la cosa objeto de aquél se adjudique a los herederos del testador:*

Según esta tercera posición si la cosa legada se adjudica a los herederos del testador, el legado es válido y, naturalmente, debe cumplirse: «in natura». Por el contrario, si la cosa legada, en la liquidación del patrimonio común, se adjudica al otro cónyuge o a terceros (acreedores o adjudicatarios para pago de deudas, por ejemplo), el legado es ineficaz. Y si sólo una parte de la cosa legada se adjudica a los herederos del testador a ella se contrae definitivamente el legado.

Podemos adscribir a esta tesis a SCUTO en la doctrina italiana y a MARIO DÍAZ CRUZ por lo que se refiere al derecho español.

SCUTO (57) estudia de una manera general el legado de cosa perteneciente a una «universitas iuris» sobre la cual corresponda un parte al testador, supuesto amplio dentro del que cabe, claro es, el particular que a nosotros nos ocupa. En la hipótesis expuesta, dice SCUTO, el legatario no subentra en la cuota abstracta que al testador corresponde, sino que sólo tiene derecho a un determinado objeto en cuanto éste venga atribuido en la división al testador (o a sus herederos), a menos que resulte clara

(57) *Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui*, en «Rivista di Diritto Civile», tomo octavo, 1916, páginas 58 y siguientes.

la voluntad de aquél (lo que según SCUTO no puede presumirse), de legar a cambio del objeto su valor en el caso de que el objeto no venga atribuido a su cuota. La suerte del legado queda, pues, subordinada al resultado de la división del patrimonio de que forma parte la cosa legada.

SCUTO invoca en apoyo de su tesis diversas razones. En primer lugar, dice, debe aplicarse a estos legados el principio fundamental de que los actos de enajenación cumplidos por uno de los partícipes y relativos a una cosa que forma parte de un patrimonio en comunidad son válidos o nulos, según el resultado de la división. En segundo término estima que lo más conforme con la voluntad del testador es entender que éste ha querido legar el objeto para el caso, solamente, de que el mismo se le adjudique en la división de la «universitas» de que aquél formaba parte. El efecto retroactivo de la partición determinará la plena eficacia del legado si la cosa se adjudica al lote de los herederos del testador. En la hipótesis contraria, el legado no puede valer como legado de cosa ajena porque el testador, a juicio de SCUTO, sólo ha entendido legar el objeto como cosa propia. Se trata en sustancia de un legado de cosa eventualmente propia y en el que la eventualidad está constituida por el hecho de que la cosa, en la división, venga atribuida al propio lote.

A mi modo de ver estos argumentos de SCUTO no son convincentes. Aunque sea cierto que el legado de un bien ganancial, como acto dispositivo de *mortis causa*, no pueda tener eficacia más que si la cosa legada se adjudica al lote de los herederos del testador, ésto no presupone que la validez total del legado, *especialmente en su dimensión de carga testamentaria*, haya de quedar subordinada a esta circunstancia. Precisamente, el legado de esta cosa ajena es un ejemplo palmario de cómo un acto «mortis causa», ineficaz «per se» como acto dispositivo, tiene, sin embargo, valor jurídico en el sentido de obligación impuesta al heredero. Por otra parte, entender que la voluntad del testador ha sido la de querer ordenar un legado eventual subordinado a la aleatoria circunstancia de que la cosa se adjudique a sus herederos en la división del caudal común no me parece una interpretación acertada de la voluntad testamentaria. No es éste, desde luego, el criterio interpretativo que de la Ley se desprende. En el legado de cosa ajena el Código civil estima, si la adquisición de la cosa legada no resulta posible, que la voluntad del testador ha sido la de que, en tal caso, se abone al legatario el valor de la cosa. La misma razón hay para sostener que la voluntad del testador fué ordenar subsidiariamente el pago del valor de la cosa ajena legada en el caso de que los herederos no puedan conseguir su adquisición, que en el supuesto de que no les sea posible obtener su adjudicación en la división del patrimonio común. También el legado de cosa ajena podría quedar subordinado a la circunstancia de que la adquisición de aquélla resul-

tase posible, para establecer, por consiguiente, su ineficacia en el caso de que el dueño de la cosa legada se negara a vender ésta a los herederos. Y, sin embargo, la Ley no lo entiende así. De hecho, además, si la tesis que estamos considerando prosperara es evidente que casi siempre la eficacia del legado quedaría abandonada a la voluntad de los herederos que, de acuerdo con el otro cónyuge, podrían burlar con facilidad la liberalidad ordenada por el testador. Ya hemos visto que una de las explicaciones que la doctrina francesa encuentra al artículo 1.423 del Código civil consiste, precisamente, en entender que este artículo ordena el pago del valor de la cosa legada si ésta se adjudica al lote de la mujer para evitar el fraude que en otro caso se brindaría a los herederos del marido como solución sencilla y excesivamente tentadora.

Expongamos ahora el punto de vista de DÍAZ CRUZ (coincidente en el fondo con el de SCUTO).

Estudiando concretamente DÍAZ CRUZ (58) el legado de cosa ganancial y después de apartarse de la tesis que reputa a éste legado de cosa ajena, cree que para dar solución a los problemas planteados por aquella figura jurídica hay que partir del artículo 864 del Código civil. Según este precepto, al que ya hemos aludido reiteradamente y al que todavía habremos de dedicar después más atención, *si el testador tuviese sólo una parte o derecho en la cosa legada el legado se limitará a esa parte o derecho a no ser que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero*. Ahora bien, dice DÍAZ CRUZ, no puede dudarse de que antes de la división del patrimonio ganancial el testador tiene un derecho sobre la cosa ganancial legada como sobre todos los demás que integran aquel patrimonio. Este derecho no es un derecho de copropiedad ordinario de que el testador pueda disponer, sino que es un derecho eventual sujeto a extinguirse si al liquidarse la sociedad no hay ganancias (59), o a consolidarse plenamente si se adjudica el objeto legado al cónyuge que lo legó, o a proyectarse sobre la mitad del mismo si sólo se lo adjudicase una parte de él. En suma, pues, y en su opinión, el legado será totalmente válido si la cosa legada se adjudica a los herederos del testador, parcialmente eficaz si sólo una parte de aquella cosa resulta adjudicada a los mismos, e ineficaz en los demás casos.

La crítica que antes hemos hecho de la posición de SCUTO parece igualmente referible a la construcción de DÍAZ CRUZ. Dice este autor que el derecho del cónyuge testador o de sus herederos sobre la cosa ganancial legada es un derecho eventual. La afirmación es discutible. Es cierto que la división mo-

(58) Ob. cit., pág. 211.

(59) Lo cual no siempre será exacto. DÍAZ CRUZ no tiene en cuenta la distinción entre bienes comunes y ganancias.

dificará este derecho o podrá extinguirlo por completo, pero hay que tener en cuenta que ésto, por regla general, no se puede hacer sin la intervención y consentimiento de los herederos del testador, que, aunque no sean los árbitros de la división, no pueden, indudablemente, ser excluidos de la misma. Además, la extinción del derecho del testador o de sus herederos sobre la cosa común, como consecuencia de la partición, podrá influir, e influirá, desde luego, en la forma en que haya de cumplirse el legado, pero esto no prejuzga la cuestión, completamente distinta, de saber si la voluntad del testador fué para la hipótesis de imposibilidad de cumplir el legado («in natura»), la de imponer a los herederos la obligación de satisfacer al legatario el valor de la cosa legada o de parte de ella, voluntad perfectamente presumible para el caso de que los herederos, aunque no adquieran la cosa legada, reciban, a expensas del patrimonio común, y merced a los derechos que sobre él competían al testador, otros bienes de valor equivalente.

En resumen, no creo que, a falta de determinación expresa del testador, pueda presumirse que su voluntad fué la de ordenar un legado eventual. Lo normal es que el testador, al menos el testador no versado en materias jurídicas, se considere dueño sin limitaciones de la mitad de la cosa ganancial legada. Y es también perfectamente posible que el testador suponga que ninguna dificultad se opone a la plena eficacia del legado siempre que a su cónyuge se le adjudiquen otros bienes suficientes en pago de su haber.

d) *Tratamiento del legado de gananciales como legado de cosa en parte propia del testador y en parte ajena.*

Esta teoría, defendida aún por algún autor moderno, PLOLA (60), por ejemplo, es la que con más o menos claridad apuntan los autores antiguos que se ocupan del legado de una cosa perteneciente a la comunidad conyugal (61).

Naturalmente, esta posición doctrinal tiene su fundamento en la idea de que cada uno de los bienes que componen el patrimonio ganancial pertenece proindiviso y por mitad a cada uno de los cónyuges.

Considerado el legado de gananciales como un simple legado de cosas común, el primer problema que hay que resolver, y el principal al mismo tiempo para esta tesis, es el de determinar la extensión del legado. Porque el legado de una cosa sobre la cual el testador sólo tiene una participación proindiviso puede, desde el punto de vista de su extensión, concretarse a esa

(60) *Communione dei beni fra coniugi*, en «Digesto Italiano», vol. VII, parte tercera, pág. 807.

(61) Especialmente entre los antiguos comentaristas del Derecho francés, así BOURJON, LEBRUN, POTHIER, etc.

participación, o puede, por el contrario, comprender toda la cosa, en cuyo caso, y como señala unánimemente la doctrina, el legado funciona como legado de cosa propia por lo que se refiere a la parte del testador, y como legado de cosa ajena por lo que mira a la que no le pertenece. Pero, ¿cuándo debe entenderse que el legado tiene que quedar limitado a la parte propia del testador y cuándo hay que estimar que ha de alcanzar también a la parte ajena? Desde luego, siendo en esta materia factor decisivo la voluntad del testador es incuestionable que la duda no podrá surgir si aquél limita expresamente el legado a su participación en la cosa (como si, por ejemplo, dice, «lego la mitad que me corresponde en el fundo X»), o si, diversamente, expresando en su testamento que sabe no pertenecerle en la cosa que lega más que una parte, declara, no obstante, que la lega totalmente (así si establece «lego en su totalidad el fundo X del que no tengo más que la mitad»). Pero entre estos dos supuestos extremos cabe otro intermedio. El legado que la antigua doctrina llamaba legado «simpliciter» de cosa común. Es decir, aquel legado en el cual el testador no limita expresamente su alcance a la parte que le corresponde en la cosa común, pero tampoco lo extiende terminantemente a la parte ajena. Es el caso, por ejemplo, en que el testador, dueño solamente de la mitad indivisa del fundo X, diga simplemente en su testamento «lego a B el fundo X». En este supuesto, ¿se entiende legada toda la cosa o solamente la parte del testador en la misma?

El problema estriba, entonces, en interpretar conjeturalmente la voluntad del testador, lo cual no es sencillo. Ya en el derecho romano se entendió que para estimar legada la parte ajena no era suficiente que el testador supiese que la cosa que legaba no le pertenecía por entero, con lo cual se marcó una diferencia interesante entre el legado de cosa totalmente ajena (cuya validez dependió sólo, desde este punto de vista, de que el testador supiese que la cosa legada no le pertenecía) y el legado de cosa parcialmente propia, en el cual no bastó para entender también legada la parte ajena que el testador tuviese conocimiento de que la cosa legada no era suya por completo (62). Aparte de esto, el derecho romano no estableció un sistema general de conjeturas para este supuesto. El problema era, en cada caso, una cuestión de hecho, consistente, como dice Biondi (63), en deducir de los términos del testamento la voluntad del testador. Una regla de interpretación aparece, sin embargo, formulada. Si el testador al legar

(62) Esta diferencia es hasta cierto punto lógica. Si se trata de cosa totalmente ajena, y el testador lo sabe, es evidente que su voluntad sólo pudo ser la de imponer a los herederos la carga de su adquisición, mientras que si el legado lo es de cosa parcialmente propia, aun sabiéndolo el testador, la disposición puede ser eficaz a través de dos posibilidades: limitándola a la parte perteneciente al testador o extendiéndola también a la parte ajena. Es ya más delicado saber cuál de estas dos posibilidades fué la querida por el testador.

(63) *Op. cit.*, pág. 427.

«simpliciter» la cosa en la que sólo tenía una parte había empleado el posesivo «mío» (mi casa, mi fundo) el legado se entendía, desde luego, limitado a la porción correspondiente al testador.

Esta regla interpretativa concreta fué recogida después por la doctrina del derecho intermedio, pero en él se planteó ya con todo detenimiento la controversia sobre la extensión del legado «simpliciter» de cosa común, especialmente cuando aquella regla interpretativa concreta del derecho romano no pudiera ser aplicada. Las opiniones se dividieron y así, mientras ACCURSSIO y DONELLO entendieron que debía estimarse legada la cosa por entero siempre que el testador hubiera conocido que aquélla no era enteramente suya, y esto por aplicación llana y sencilla de la doctrina referente a los legados de cosas totalmente ajenas, otros, como BARTOLO, BALDO, DUARENO, VINNIO y VOET, seguidos, entre otros, por ANTONIO GÓMEZ (64), sostuvieron lo contrario; es decir, que el legado «simpliciter» de cosa común ha de limitarse a la parte propia del testador. «El legado de una cosa —dice VINNIO (65)— en la que el testador no tiene más que una parte, se presume no ser más que de esta parte, aunque no haya términos en la disposición que la restrinjan expresamente a ella.» Se aplica al caso la máxima de la Instituta «Nemo praesumitur haereditatem suam redemptione rei alienae gravare velle» (66).

Esta doctrina, que fué después recogida por algunas legislaciones modernas como la italiana (art. 839 del Código de 1865) y la mejicana, es también la que inspira el artículo 864 del C. c., cuyo texto hemos expuesto ya anteriormente (67).

(64) *Foriac resolutiones iuris civilis, communis et regii*. Madrid, 1780, tomo tercero, página 342, cap. 12, *De legatis*, núm. 15. «Item quaero, si testator legavit simpliciter fundum, vel rem, in qua habet ius, vel partem, an illam tantum videatur legare, vel totum fundum, vel rem, et sic debeat aestimatio partis alienae? Et resolutive dico, quod tantum videtur legare ius, vel partem, quam habet in re, et pars aliena non debetur in re, nec in aestimatione... Cujus ratio in nostra conclusione principali vera et fundamentalis est: quia quando legatur res penitus aliena, non potest animus defuncti magis applicari ad unam partem quam ad aliam, sed quando habet ius vel partem in ea, ad illud tantum adaptatur et applicatur mens et voluntas ejus».

(65) Cit. por POTHIER, ob. cit., pág. 262.

(66) No se puede presumir, estima VINNIO, que el testador ha querido gravar al heredero con la carga de adquirir una cosa (en nuestro caso la parte ajena de la cosa común) no perteneciente a la herencia. Por esto la aplicación de la máxima de la Instituta al legado de cosa común presupone la limitación del legado a la parte propia del testador, aunque éste sepa que la cosa no le pertenece por completo y mientras en el testamento no disponga expresamente lo contrario. En cambio, en el legado de cosa totalmente ajena no cabe aplicar el aforismo citado si el testador sabía ser ajeno lo que legaba, ya que en tal caso su voluntad sólo pudo ser la de imponer al heredero la carga de su adquisición.

(67) El precepto, tal como está redactado, no es tan claro como el art. 681 del proyecto de Código de 1851 y el 849 del de 1882, que establecían la limitación del legado a la parte propia del testador, salvo que éste declarase «saber ser la cosa de otro parcialmente y que, no obstante esto, la legaba por entero». Pero en realidad, el art. 864 actual no ha querido decir cosa distinta a lo establecido en el art. 681 del proyecto de 1851 y 849 del de 1882. El requisito de que

Ahora bien, esta tesis que limita el alcance del legado «*simpliciter*» de cosa común a la parte propia del testador fué elaborada pensando en el supuesto de comunidad simple y no precisamente en el caso de que la cosa común se integre dentro de una comunidad más amplia y compleja como es la comunidad conyugal. Por eso observamos que hay autores que aun aceptando el postulado de que el legado «*simpliciter*» de cosa común se limita a la parte propia del testador entienden que esta doctrina no es aplicable al caso de legado de cosa propia perteneciente a la comunidad conyugal. Pothier nada menos es defensor de este criterio. «La razón que sirve de fundamento a la opinión de Vinnio—dice POTHIER (68)— es «*nemo praesumitur heredem suum redemptione rei alienae gravare velle*», pero esta razón milita principalmente respecto de los legados de cosa perteneciente en común al testador y a un tercero con el cual no tenga nada más común que esta cosa. En este caso, si la cosa ha sido legada en su totalidad, el heredero no podrá cumplir el legado más que comprando la parte que ese tercero tiene en la cosa. Mas esta razón no milita igualmente en el caso de un legado que un marido haga de un efecto de la comunidad, pues en ese caso se puede hacer caer la cosa legada en el lote de los herederos del marido en la partición que hay que hacer de la comunidad entre los herederos y la viuda, por cuyo medio el legado podrá ser adquirido sin que el heredero sea gravado «*redemptione rei alienae*». También BOURJON (69) da a entender que el legado de una cosa de la comunidad conyugal ordenado por el marido comprende toda la cosa.

Al margen ya de este problema de la extensión del legado de cosa común, muy interesante para nosotros en todo caso, ¿cuáles serán los efectos de un legado de cosa ganancial si lo asimilamos a un legado corriente de cosa en parte propia y en parte ajena? Admitida esta equiparación, los efectos serían éstos: el legatario adquiriría, desde luego, directamente, la mitad proindiviso que se supone propia del testador, y en el supuesto de que el legado se extendiera a toda la cosa los herederos estarían obligados a dar al legatario, además, el valor de la otra mitad, salvo que el viudo consintiera ser compensado de esta mitad con otros bienes, en cuyo caso el objeto legado pasaría por entero al legatario. La mujer—afirma BOURJON (70)—puede revocar el legado ordenado

el testador declare expresamente que lega la cosa por entero excluye, naturalmente, que pueda entenderse legada la cosa en su totalidad por el hecho de que el testador se refiera *simpliciter* a ella sin limitar expresamente el legado a la parte que le corresponde en la misma. Además, si en el supuesto de legado *simpliciter* de cosa común debiera entenderse legada toda la cosa sin más requisito que el conocimiento del testador de no ser dueño de la totalidad de la misma, el art. 864 sobraría, toda vez que a esta solución podría llegarse sin más que invocar las reglas generales relativas al legado de cosa ajena.

(68) Ob. cit., pág. 263.

(69) Ob. cit., pág. 493.

(70) Obra y lugar citados.

por el marido en lo que se refiere a la mitad a ella perteneciente, pero entonces el legatario tiene derecho a ser indemnizado por los herederos del marido, ya que se puede legar la cosa de otro, poder que funda esta indemnización. Si la mujer—sigue BOURJON—no hace revocar el legado tiene derecho a separar de la masa común, y antes de la partición de aquélla, el valor de ese legado. En resumen, con esta teoría queda siempre en pie la plena y directa eficacia del legado en lo que se refiere a la mitad de la cosa legada que se supone propia del testador.

¿Es esto admisible? En mi opinión, no, al menos por lo que respecta a nuestro derecho positivo. La facultad de disposición «mortis causa» que el artículo 1.414 del C. c. reconoce al marido (y que corresponde igualmente a la mujer) se limita a su «mitad de gananciales», expresión que, a mi ver, se refiere únicamente a la participación genérica que en el patrimonio común corresponde al testador. Por otra parte, la doctrina de la Dirección General de los Registros ha establecido muy reiteradamente, al ocuparse de la situación jurídica de la comunidad conyugal en liquidación, que la participación abstracta que a cada parte corresponde en el patrimonio común, de cuya participación cabe dispongan unilateralmente el viudo o los herederos del muerto (71), no se corresponde con una serie de participaciones concretas referidas a cada uno de los bienes existentes en la sociedad de las cuales pueda disponerse con igual independencia (72). Para disponer de bienes concretos o de partes indivisas en los mismos hace falta el consentimiento de todos los interesados (73).

Esta doctrina jurisprudencial es, a mi juicio, plenamente conforme con la naturaleza de la sociedad de gananciales, cuyas especialidades, en parte al menos, se explican teniendo en cuenta que dicha entidad jurídica es fundamentalmente un caso de patrimonio en comunidad, como ha puesto de relieve Lacruz Berdejo (74). Cuando la situación de comunidad se refiere, no a un objeto o a varios, pero sin relación entre sí, sino a un conjunto de elementos patrimoniales sujetos a un tratamiento jurídico unitario y constitutivos de una masa patrimonial más o menos autónoma se produce un fenómeno especial. Porque, aun cuando no quepa imaginar al patrimonio en sí como objeto unitario al que directamente se refieran los derechos de los cotitulares, tampoco

(71) Cfr. Resoluciones de 13 de noviembre de 1926 y 2 de diciembre de 1929.

(72) Cfr. Resoluciones de 26 de julio de 1907.

(73) Cfr. Resoluciones de 14 de abril de 1905, de 26 de julio de 1907, de 22 de julio de 1910, de 15 de febrero de 1915, de 27 de junio de 1916, de 2 de diciembre de 1929, de 16 de enero de 1941, etc., que niegan que el cónyuge viudo pueda enajenar bienes gananciales mientras la sociedad no se liquide. Las Resoluciones de 9 de enero de 1915 y 12 de diciembre de 1935, entre otras, permiten al cónyuge superviviente y a los herederos del premuerto, actuando conjuntamente y de común acuerdo, enajenar bienes concretos de la sociedad en disolución antes de haber liquidado la misma.

(74) Ob. cit., pág. 44.

es posible prescindir de la evidente interdependencia que existe entre los elementos que integran el patrimonio, generalmente afectos a un pasivo peculiar, no siendo posible reducir la situación a la simple suma de comunidades independientes. Esta recíproca relación o interdependencia es la que determina las especialidades características de estas comunidades, especialidades que están implícita o explícitamente recogidas por la ley, que al regular separadamente estos tipos de comunidad (ganancial, hereditaria, et cetera) ya demuestra con ello que no ve en las mismas una simple yuxtaposición de comunidades independientes.

La construcción expuesta de la comunidad en un patrimonio como fenómeno jurídico especial explica, sin necesidad de acudir al concepto germano de la mano-común tan difícil de encajar en moldes claros y unitarios, que aun cuando se permita a cada interesado disponer de sus derechos en la comunidad, dicha disposición, cualquiera que sea su alcance, haya de referirse a su posición jurídica global como comunero y no a su cotitularidad sobre este o aquel derecho determinado. Explica, igualmente, que no exista una acción de división para cada uno de los elementos que componen el patrimonio, sino que tal acción se refiera al patrimonio en su conjunto. Y justifica, por último, que cada partícipe tenga derecho a exigir la previa liquidación del pasivo especial afectante al patrimonio común antes de que se proceda a reparar éste. A tenor de estas especialidades es, pues, lícito entender que la participación o cuota de cada cotitular, como síntesis o expresión de su posición jurídica como tal y al mismo tiempo como módulo de reparto, se refiera al conjunto patrimonial y no, separadamente, a cada uno de los elementos que lo integran. La ley abona esta concepción, pues ante los supuestos que contemplan de comunidad en un patrimonio refiere siempre la idea de cuota o participación de cada interesado, no a cada una de las cosas singulares que componen el patrimonio, sino a éste en su totalidad (cfr. arts. 1.067, 1.085, 1.414, etc.).

Supuesta estas peculiaridades de la comunidad conyugal, por tratarse de un caso de comunidad en un patrimonio, no cabe admitir que el legado de una cosa ganancial ordenado por uno de los cónyuges atribuya directamente al legatario la copropiedad de la cosa legada en cuanto a los derechos que sobre ella correspondan al testador, derechos que no están cuantitativamente bien determinados, y de los que aquél, en su posición de partícipe en la comunidad, no puede disponer aislada, individual y unilateralmente. La solución contraria, por otra parte, resultaría notablemente perturbadora al interferir en las operaciones de liquidación y división del patrimonio común una comunidad particular y limitada al objeto legado.

e) *Conclusiones.*—De lo dicho hasta aquí se desprende, pues, que a nuestro entender, el legado de una cosa ganancial ordenado por uno de los cónyuges es un legado de cosa perteneciente a la

comunidad conyugal de bienes, por lo cual, y como ha dicho la Sentencia de 10 de enero de 1934, el que la cosa haya o no de entregarse al legatario dependerá del resultado de la liquidación de aquélla.

Se trata de un legado de cosa sobre la cual el testador tiene un derecho (razón por la que no cabe identificarlo con un legado de cosa ajena), pero de cuyo derecho, mientras tanto la cosa no le haya sido adjudicada, no puede disponer, y por ello, en principio, el legado sólo vale como carga impuesta a los herederos obligados a procurar la adjudicación de aquélla a su propio lote para poder cumplir así la voluntad del causante.

Pero, aun admitiendo esto como punto de partida, quedan en pie diversas interrogantes: ¿Comprende el legado toda la cosa o sólo la mitad de la misma? ¿Deben los herederos satisfacer al legatario el valor de la cosa legada o de parte de ella en caso de que no se les adjudique en la liquidación de la sociedad y división del haber común? ¿Depende la eficacia del legado de que el testador conozca que la cosa tiene carácter ganancial?

Se trata, claro es, de cuestiones (diversamente resueltas, como hemos visto por las distintas teorías que han quedado expuestas) que dependen en definitiva de la voluntad del testador que habrá que interpretar en cada caso. De aquí la indiscutible conveniencia de que el Notario, si tiene posibilidad de ello, exponga al testador las diversas soluciones posibles para que, a la vista de lo decidido por aquél, formule la cláusula testamentaria de manera que la misma no dé lugar a dudas.

Pero si el testamento no aclara suficientemente las cuestiones que han quedado apuntadas ¿cómo resolver las mismas?

Respecto del primer punto (extensión del legado) debe tenerse en cuenta, en primer término, que una cosa es que la disposición testamentaria no pueda tener efectos dispositivos directos ni siquiera con respecto a la parte que se suponga propia del testador, y otra distinta la de si el legado, aun concebido como simple carga testamentaria, deba comprender o no toda la cosa o su valor. En el supuesto, pues, de que el testador se haya limitado a legar «simpliciter» una cosa ganancial surge la duda de si será o no aplicable al supuesto el artículo 864 del C. c., cuyo contenido y antecedentes ya expuse. Para eliminar toda vacilación sobre la extensión del legado no basta con que el testador exprese en su testamento que sabe que la cosa que lega es ganancial, ya que mientras no añada expresa y terminantemente que lega la cosa por entero, el legado no parece pueda comprenderla en su totalidad, de estimar aplicable al caso el artículo 864 del C. c., y dado el terminante rigor del precepto.

Pero ¿es realmente aplicable al legado de cosa ganancial el artículo 864 del C. c.? A mi modo de ver, a su aplicación literal y absoluta se oponen las razones siguientes:

1.ª El artículo 864 del C. c., según he puesto antes de relieve al exponer la génesis histórica de la doctrina que contiene, responde a un criterio interpretativo de la voluntad del testador pensado y elaborado con referencia primordial al supuesto de que la cosa legada, perteneciente proindiviso al testador y a un tercero, sea por sí el soporte de una comunidad ordinaria y autónoma. Entonces, para que el legado pueda ser cumplido, si ha de comprender toda la cosa, se precisa inexcusablemente la adquisición por compra de la parte perteneciente al extraño. La ley presume que esto no lo ha querido el testador. Pero si la cosa pertenece a un patrimonio en comunidad, como en nuestro caso ocurre, el problema puede resolverse, según hacía ya notar Pothier, dentro del ámbito de la partición. Si se tiene en cuenta que el testador sabe, normalmente, que a su muerte habrá que dividir los gananciales practicándose entonces la liquidación y partición global de un conjunto de bienes, es perfectamente razonable presumir que su voluntad haya sido ordenar el legado sobre la base de que la cosa legada se le adjudique en la división del conjunto patrimonial común. Nótese que estamos admitiendo, por hipótesis, que se trata de un legado «simpliciter» de cosa común, en el que por definición, el legado no está limitado a una parte de la cosa, por lo cual la presunción de que el testador haya querido legar toda la cosa con cargo a sus derechos en la comunidad es completamente admisible y lógica. El que el artículo 864 del C. c. no tenga en cuenta esta posibilidad es perfectamente explicable si se advierte que dicho precepto, como lo prueba entre otras cosas su simple colocación en el Código, está redactado pensando genéricamente en la hipótesis de legado corriente y normal de cosa en parte propia y en parte ajena, pero no en la hipótesis específica de legado de una cosa ganancial.

2.ª El artículo 864, como acabo de decir, se refiere, sin duda, al supuesto de legado ordinario de cosa en parte propia y en parte ajena. El precepto presupone que con respecto a la parte del testador se está en presencia de un legado ordinario de cosa propia y con relación a la parte del extraño ante un supuesto corriente de legado de cosa ajena, conteniendo únicamente la especialidad, en relación a éste, de que para que sea válido no se conforma con el conocimiento del testador, sino que exige declaración terminante en el testamento. Este planteamiento, que, a mi ver, tanto por los antecedentes del artículo 864 como por su colocación en el Código, es el que dicho precepto tiene indudablemente en cuenta, lleva implícito dos circunstancias, que son, además, presupuesto de la normal aplicación del artículo: que el testador tenga sobre la cosa una parte bien determinada, y que pueda disponer de la misma. Ninguna de estas dos circunstancias se dan en el legado de cosa ganancial. La ley sólo considera divisibles por mitad lo que son *ganancias y beneficios* (cfr. artículos 1.392 y 1.426 del C. c.). Vuelvo a insistir ahora en la dis-

tinción, que ya antes planteé, entre bienes comunes y ganancias. Los bienes comunes sólo serán divisibles por mitad si son ganancias. Pero pueden no serlo. Si el marido-testador, pongo por ejemplo, invirtió parte de su patrimonio privativo en cubrir atenciones de la sociedad, de la masa de bienes comunes (que lo sean por aplicación de los artículos 1.401 y sigs. del C. c.), habrá que reintegrarle lo por él gastado en esos conceptos antes de dividir por mitad aquéllos. Y si este reintegro absorbe la totalidad de los bienes comunes, hipótesis perfectamente posible, ¿podrá decirse con fundamento que el marido, en ese caso, sólo tiene derecho a la mitad de dichos bienes comunes?

Para aplicar en realidad el artículo 864 a nuestra hipótesis habría que esperar a los resultados de la liquidación definitiva de la sociedad conyugal, dando efecto retroactivo a estos resultados, y entonces podría ocurrir que dicho precepto no fuera ya aplicable. No lo sería, en efecto, si al lote del testador se adjudicó toda la cosa, o si ésta fué adjudicada por completo al otro cónyuge, ya que en ambos casos no podría decirse, con verdad, que al testador correspondía una parte en la cosa legada. Esta solución, además, nos conduciría a la segunda de las teorías antes expuestas, cuya teoría, según vimos en su momento, no es aceptable.

Creo en consecuencia que al no ser el artículo 864 literalmente aplicable en nuestro caso, el legado debe extenderse, en principio, a toda la cosa, ya que, en realidad, y siempre que se trate de un legado «simpliciter» de cosa ganancial, la disposición no limita el legado y objetivamente comprende toda la cosa.

¿Quiere decir esto que se pueda prescindir en absoluto del artículo 864 del C. c. al determinar el alcance del legado de cosa ganancial? A mi juicio, y como acabo de indicar, el artículo 864 del C. c. no es aplicable literalmente a esta clase de legados, pero esto no significa que para regular la extensión del legado de cosa ganancial podamos prescindir totalmente del criterio restrictivo a que el precepto obedece. Si tenemos en cuenta que la participación de cada cónyuge en la sociedad de gananciales, sea por capital o sea por beneficios, se proyecta sobre un conjunto de bienes, yo creo que hay que entender referida a esa participación global la limitación establecida por el artículo 864. La aplicación no de la letra, pero sí del espíritu de este artículo al legado de gananciales, impone una restricción, que el legado quepa dentro de lo que por todos conceptos tenga derecho a pretender el testador del patrimonio común. Imaginemos, y este caso se nos ha presentado profesionalmente, que la cosa ganancial legada es el único bien común existente al disolverse el matrimonio. Si la cosa ganancial legada no cabe dentro de la participación que al testador corresponde en el patrimonio común, la aplicación analógica del artículo 864 debe conducir a la conclusión de que no puede presumirse legado el exceso. *El legado simpliciter de cosa ganancial debe in-*

interpretarse, pues, como legado ordenado por el testador con cargo a su participación en el patrimonio común, funcionando esa participación, y no su supuesta participación en la cosa legada, como límite del legado.

Naturalmente, es posible que el testamento limite el legado a una parte de la cosa. No es raro encontrar cláusulas testamentarias en las que se contienen expresiones como ésta: «lego mis derechos sobre el objeto X de carácter ganancial», o «lego la mitad que me corresponde sobre la cosa Z que es ganancial.» Estas fórmulas obedecen muchas veces a un concepto equivocado de la naturaleza de la comunidad conyugal, y aunque pretenden ser respetuosas con los derechos del otro cónyuge no sirven, desde luego, para dar eficacia dispositiva directa al legado. Conviene por eso hacer observar a los testadores que esa eficacia dispositiva directa no habrán de lograrla en ningún caso, por sí solos, pero que, en cambio, y desde el punto de vista del legado como carga testamentaria, no hay inconveniente en extenderlo a toda la cosa. Por descontado, cuando el testamento contenga cláusulas como las indicadas, el legado no podrá comprender toda la cosa. Si el testamento limita el legado a la mitad de aquélla, el ámbito cuantitativo del mismo es claro. No así si se utiliza la confusa y peligrosa fórmula consistente en expresar que se legan los derechos que al testador competen sobre la cosa.

En cuanto al problema de si caso de adjudicarse la cosa legada al otro cónyuge, se debe por los herederos del testador el valor de aquélla, ya expuse mi punto de vista sobre esta materia al comentar las opiniones de Scuto y de Díaz Cruz. No creo que pueda presumirse que la voluntad del testador haya sido la de ordenar un legado puramente eventual. Por eso entiendo que, ante el legado, los herederos están obligados a procurar que la cosa les sea adjudicada en la disolución de la sociedad de gananciales, o a abonar al legatario el valor de aquélla si la adjudicación no resulta posible. 1.ª aplicación analógica de las normas del legado de cosa ajena me parece clara en este punto. Debe siempre jugar el límite del valor de la cuota que en el patrimonio común corresponda al testador en base a las razones de que antes se hizo mención.

Finalmente, ¿son aplicables estas soluciones al caso de que el testador haya reputado propia la cosa ganancial legada? Desde luego la duda sobre este extremo no puede surgir si el testador ha expresado en su testamento que sabe ser ganancial la cosa que lega. Y para evitar después toda posible discusión sobre este extremo es aconsejable, por supuesto, consignar en el testamento, siempre que sea posible, el dato del conocimiento del testador. Si el testamento, como es muy frecuente, nada dice sobre el particular, creo, y en esto estoy sustancialmente conforme con la Revista general de Legislación y Jurisprudencia (75), que probado

(75) Cfr. consulta citada.

que el testador tuvo conocimiento exacto de cómo y cuándo se adquirió la cosa legada, el Juez puede sin ningún esfuerzo establecer la presunción («praesumptio hominis») de que el testador supo también que la cosa en cuestión era ganancial, ya que pocas nociones jurídicas hay tan vulgarizadas como este régimen conyugal. Pero si resulta que efectivamente el testador reputó, por error, propia la cosa ganancial legada, ¿es nulo el legado? A mi juicio, y aun reconociendo que la solución es discutible, el legado es válido, pese al error del testador. No es clara la aplicación en este punto de las normas reguladoras del legado de cosa ajena. No es lo mismo legar una cosa que no nos pertenece en absoluto, que legar una cosa integrada en un patrimonio en el que tenemos una participación en base a la cual, y cuando el patrimonio se divida, nos puede ser adjudicada la misma cosa legada u otros bienes equivalentes. Literalmente no es, pues, aplicable al caso el artículo 862-1 del C. c. (76). Pero ¿podría estimarse, con independencia de lo establecido para el legado de cosa ajena, que el legado de gananciales es nulo si el testador reputó propia la cosa legada y en base al error padecido por el disponente? El problema se desplaza, pues, al tema de la trascendencia general del error en materia de disposiciones testamentarias. Y en este punto, a mi entender, lleva razón Albaladejo cuando afirma que el error-vicio de la voluntad no es considerado en nuestro derecho como causa general de la nulidad de las disposiciones testamentarias, siendo sólo admitida su trascendencia en tal sentido sólo en algunas hipótesis excepcionales (77), entre las que se cuenta, precisamente, la del legado de cosa ajena. Pero a la aplicación analógica del artículo 862-1 a nuestro caso se opone, a mi ver, no sólo la diversidad entre los dos supuestos, suficiente quizá para excluir la analogía «legis», sino, además, el carácter excepcional de la norma, unido al principio del «favor testamenti» que proclama el artículo 743 del C. c., del cual se desprende el postulado de que, en la duda, hay que mantener la validez de las disposiciones testamentarias. Por eso, y aunque comprendo que la cuestión es discutible, me inclino, más bien, a defender la validez del legado. Y estimo, además, que al no ser aplicable al caso, por las razones antes indicadas, el artículo 864 del C. c. serán de observar las soluciones apuntadas para el supuesto de legado «simpliciter».

(76) En todo caso hay que tener en cuenta que según el párrafo segundo del art. 862 del Código civil, si el testador adquiere después de otorgado el testamento la propiedad de la cosa legada, el legado es válido. En el supuesto de que la misma sea adjudicada a los herederos del testador en la liquidación de la sociedad de gananciales, no es ciertamente el testador, sino sus herederos, los que devienen propietarios exclusivos de aquélla, pero han adquirido esta propiedad exclusiva en base al derecho que al testador correspondía sobre el patrimonio común.

(77) Cfr. ALBALADEJO: *El error en las disposiciones testamentarias*, en «Revista de Derecho Privado», 1048, págs. 423 y siguientes.

Las soluciones propuestas, y lo mismo ocurre con las defendidas por las distintas tesis que han quedado señaladas, están formuladas pensando en el supuesto de que sea el testador el cónyuge que primero fallezca y cuya muerte provoque la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Pero ¿qué efectos surtirá el legado si las cosas suceden a la inversa, es decir, si el cónyuge testador sobrevive a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales? (78). La hipótesis debe plantear, lógicamente, menos problemas en la práctica. Lo natural es que el testador modifique, si procede, su testamento adaptándolo a los resultados definitivos de la liquidación de la sociedad conyugal, expresando claramente, a tenor de dichos resultados, su voluntad en orden al legado. Pero ¿qué sucede si el testamento en que se estableció el legado, otorgado antes de la disolución de la sociedad, no experimenta modificación después de liquidada la misma, continuando vigente al tiempo de morir el testador? ¿Qué valor y alcance ha de tener el legado?

La solución, naturalmente, depende de los resultados de la liquidación y división del patrimonio común. Desde el punto de vista que nos interesa cabe distinguir tres hipótesis: 1.ª Que la cosa ganancial legada haya resultado íntegramente adjudicada al testador. 2.ª Que sólo se le haya adjudicado una parte de la misma. 3.ª Que se haya adjudicado a los herederos del otro cónyuge, o invertido o adjudicado para pago del pasivo ganancial.

En la primera hipótesis el legado será eficaz y comprenderá, además, toda la cosa si el testador lo declaró así en su testamento u ordenó el legado en forma «simpliciter». Incluso, en este último caso, aunque por rebasar la cosa el valor de la cuota del testador en el patrimonio común, aquél, para obtener su adjudicación por entero, haya tenido que abonar el exceso a los herederos del otro cónyuge. La doctrina que refleja el artículo 864 del C. c., aplicable en la forma especial que antes expusimos al legado de cosa ganancial, obedece, como ya se dijo, a la tesis de que no puede presumirse que el testador quiso *gravar a sus herederos* con la redención de la parte ajena. Pero en el caso que ahora estamos contemplando no puede jugar ya el fundamento de la regla limitativa desde el momento en que ha sido *el mismo testador* quien ha adquirido el exceso. Por eso decía ANTONIO GÓMEZ (79) que en el caso de legado «simpliciter» de cosa común (que él, como se ha dicho, limita, por regla general, a la parte del testador),

(78) Si el cónyuge testador sobrevive al otro esposo, pero muere antes de que se haya practicado la liquidación de la sociedad conyugal, la situación en orden al legado es la misma que la que se produce en el supuesto de que sea el testador quien fallezca en primer término.

(79) *Variae Resolutiones* cit., pág. 342.

debe entenderse legada toda la cosa si el testador compra la parte ajena (80).

En cambio, si el legado se limita expresamente a la mitad de la cosa ganancial legada, la cuestión es más compleja, caso de que en la división del haber ganancial se adjudique al testador la cosa por completo. Con referencia al legado de cosa común (en comunidad ordinaria), y para la hipótesis de que antes del fallecimiento del testador se adjudique a éste toda la cosa en la división, la jurisprudencia italiana sostiene la extensión del legado a toda la cosa. DÍAZ CRUZ (81), y para este mismo caso, estima lo contrario, por entender que el legado es «ab initio», un legado específico de un derecho determinado. Este también es el punto de vista de SCUTO (82), quien mantiene la improcedencia de extender el legado a toda la cosa si consta expresamente la voluntad del testador de limitarlo a una parte de la misma. Creemos acertada esta opinión y no vemos razones para no aplicarlo al supuesto de que sea ganancial la cosa legada de la que expresamente sólo se legó una parte.

En el caso de que al liquidar la sociedad de gananciales no se adjudique al testador sobreviviente la cosa legada ni en todo ni en parte, a mi entender el legado queda sin efecto. La cosa, en vida del testador, ha resultado completamente ajena a éste. El testador ha perdido, como consecuencia de la división, sus derechos en la cosa ganancial legada, derechos que, por tanto, ya no puede transmitir con su herencia (83). El legado no puede valer como legado de cosa ajena porque no se ha hecho con este carácter. La cosa no era ajena, en efecto, cuando el legado se ordenó, y debe recordarse que el Código en su artículo 861 exige, para la validez de estos legados, que el testador sepa, *al hacer el legado*, que la cosa es ajena. No puede entenderse tampoco que el testador haya querido legar el valor de la cosa en lugar de ésta. Es razonable presumir que haya querido imponer esta carga a sus herederos cuando sean éstos los que en lugar de la cosa reciban su valor en la liquidación de la sociedad conyugal. Pero no cabe establecer semejante presunción, cuando sea el mismo testador quien reciba dicho valor que ha podido o no dejarlo a sus herederos. Estamos, pues, ante un caso de extinción del legado por defecto del objeto a la muerte del testador. Además, y siempre, al menos, que la división del haber ganancial se haya llevado de forma amistosa, será de ineludible aplicación analógica lo dispuesto en el apartado primero del artículo 869 del C. c., que proclama la extinción del legado por enajenación de la cosa legada.

(80) «...secus vero, si simpliciter legavit nullam mentionem iuris vel dominium faciendo ut «Legó Titio talem rem» quia tunc, si postea emat vel consequator, tota debetur».

(81) Ob. cit., pág. 182.

(82) Ob. cit., pág. 58.

(83) En cambio, como ya se ha dicho, si el que muere primero es el cónyuge testador, si transmite a sus herederos dichos derechos.

Finalmente, si en la división sólo se adjudica al testador una parte de la cosa legada a ella habrá de limitarse el legado aunque en principio éste, de acuerdo con lo establecido en el testamento, hubiera de comprender toda la cosa. En primer lugar, y de haberse ordenado el legado en forma «simpliciter», cabe entender que al haberse concretado la parte del testador es aplicable (literalmente ya) al artículo 864. Además, y en el fondo, son también aplicables las razones esgrimidas para demostrar la total ineficacia del legado en el caso anterior.

C

Hipótesis especiales

Se estudiarán estas dos: El legado de cosa ganancial ordenado por un cónyuge a favor del otro, y el legado en lugar de la legítima cuando tenga por objeto una cosa ganancial.

a) *El legado de cosa ganancial ordenado por un cónyuge a favor del otro.*

En este caso se plantean algunas peculiaridades de las que conviene ocuparse.

En primer lugar surge, o puede surgir, la duda de si las conclusiones que hemos formulado sobre la *extensión* del legado de cosa ganancial son aplicables a esta hipótesis particular. Legada una cosa de la comunidad conyugal por uno de los cónyuges a favor del otro, cabe, como dice LAURENT (84), dos posibilidades. Una, que el esposo legatario separe o retire antes de toda partición el objeto legado, limitándose, pues, aquélla al remanente. Otra, que se realice, en primer término, y prescindiendo del legado, la división de todo el haber ganancial, y a continuación procedan los herederos del cónyuge testador a entregar al cónyuge legatario la cosa legada si ésta se adjudicó al lote de aquellos o su valor en el caso contrario. Es evidente que el beneficio que obtiene el legatario es menor en el primer caso y mayor en el segundo (85).

(84) Ob. cit., pág. 46.

(85) Sea, por ejemplo, el valor del haber partible de 1.000.000 de pesetas, y de 200.000 el de la cosa legada (de carácter ganancial, por hipótesis). Si seguimos la primera de las dos soluciones propuestas en el texto, lo que habrá que hacer, en primer lugar, es detraer del haber ganancial la cosa legada. El remanente, de valor, pues, equivalente a 800.000 pesetas, se repartirá entre los dos esposos. Así el cónyuge legatario tomará, de un lado, el legado igual a 200.000 pesetas, y de otro, la mitad del remanente, o sean 400.000. En total, 600.000 pesetas. En cambio, si se sigue la segunda de las dos soluciones expuestas, tendremos que lo que habrá que hacer, en primer término, será dividir el total de haber ganancial. En consecuencia, percibirá el esposo legatario por este concepto, 500.000 pesetas. Y los herederos del testador deberán entregar, además, la cosa legada, si se les adjudicó, o su estimación, en el caso contrario. En junto, pues, percibirá el cónyuge legatario 700.000 pesetas.

Saber cuál de estas dos soluciones debe aplicarse es cosa que depende de la voluntad del testador, ley suprema de la sucesión. Pero la duda puede surgir si aquella voluntad no se manifestó claramente, y especialmente se suscita si el testador legó «simpliciter» a su cónyuge una cosa ganancial. No creo que en este caso, contrariamente a lo que he mantenido para los demás supuestos en general, quepa entender que el testador haya querido legar a su cónyuge toda la cosa con cargo a su participación en el patrimonio común (que es en síntesis en lo que consiste la segunda de las dos soluciones propuestas por LAURENT). Estimo que cuando el legatario es el cónyuge, hay que entender que el efecto perseguido por el legado es simplemente el de convertir a aquél, a la muerte del testador, en dueño exclusivo del objeto legado. A esta conclusión debe llegarse a mi juicio no por aplicación del artículo 864, sino en virtud de lo dispuesto en el artículo 878. A tenor de este precepto (párrafo 1.º) si la cosa legada era propia del legatario a la fecha del testamento, no vale el legado, aunque después haya sido enajenada. Una inexcusable aplicación analógica de este precepto debe llevarnos a la conclusión de que si la cosa legada pertenece en común al testador y al legatario el legado no puede tener otro alcance que el de proporcionar al legatario el dominio exclusivo de la cosa legada. El hecho de que cada cónyuge no tenga una cuota bien determinada sobre cada uno de los objetos de la comunidad no se opone en absoluto a la ineludible aplicación del precepto en la forma indicada. Aunque la cuota, tratándose de comunidad en un patrimonio, se refiera precisamente a éste, ello no empecé para que cada una de las cosas que lo integran sea propiedad de los cotitulares del patrimonio. No se olvide que *la cuota no es el objeto del derecho de los partícipes*, sino sólo el módulo de reparto, la síntesis de su posición jurídica como comunero.

Es también específico de la variedad del legado de cosa ganancial que estamos examinando, el que el mismo se cumpla necesariamente «in natura». Es evidente que los herederos del cónyuge testador están obligados por el legado y en ningún caso podrán pretender su cumplimiento por equivalente. Por otra parte el cónyuge, si acepta el legado, ha de aceptarlo tal como se le ofrece, y por consiguiente no es admisible que pueda pretender la adjudicación de la cosa en pago de su mitad de gananciales, por ejemplo, para reclamar después el valor de la cosa legada (o la mitad de ese valor) en pago de su legado.

Ahora bien, supuesto que, según hemos dicho, el legado en este caso particular no comprende toda la cosa, ¿cómo valorar el legado? Nótese que la valoración puede resultar absolutamente necesaria, si el testador tiene herederos forzosos, a los efectos de determinar su posible inoficiosidad. La dificultad nace del hecho de que el testador no tiene una parte cuantitativamente bien determinada sobre cada uno de los objetos que componen

el patrimonio ganancial. Normalmente, el cónyuge testador habrá creído que lo que lega es la mitad de la cosa, ya que la concepción más extendida, aunque inexacta, entre los profanos en derecho, es la que cada cosa ganancial pertenece por mitad a los dos cónyuges. Pero esto (salvo que el testamento haya expresamente fijado el legado en la mitad) no nos autoriza a sostener que el testador sólo hubiera querido legar la mitad y nada más que la mitad si hubiera tenido presentes los resultados de la liquidación y división de la sociedad conyugal. Lo natural es entender que el testador habrá querido, siempre que los derechos del otro cónyuge sobre el patrimonio común sean íntegramente respetados, imponer el menor gravamen a sus herederos, aunque sobre la base, en todo caso, de que el cónyuge legatario haga suya por completo la cosa ganancial legada.

Para conseguir este fin es necesario, a mi entender, practicar previamente la liquidación de la sociedad conyugal. Habrá que proceder a satisfacer los diferentes conceptos que se especifican en los artículos 1.421 y siguientes del C. c., no utilizando, si es posible, para pago de los dichos conceptos, el bien legado. Si existe remanente suficiente, en él quedará la cosa legada que habrá que adjudicar al legatario-cónyuge, dividiendo luego el resto si lo hay. Es indudable que en este caso el valor del legado puede cifrarse en la mitad del que tenga la cosa legada. Si la liquidación de la sociedad sólo permitiera dejar en el remanente una parte de la cosa legada, en principio el valor del legado habría de fijarse en la mitad de esa parte, salvo en el caso de que el resto de la cosa hubiera tenido que adjudicarse al lote del espeso testador, en pago de sus aportaciones si ello ha procedido. Entonces, como creo que el legado debe proporcionar al legatario toda la cosa, el valor de aquél habrá de cifrarse agregando al de la mitad del resto de la cosa que quedó en el remanente, el de la parte de la misma adjudicada al testador. Pueden darse dos supuestos extremos. El primero, que la restitución de su patrimonio privativo al cónyuge legatario absorba, en la liquidación, todo el patrimonio común, en los casos en que dicha restitución proceda con cargo a los bienes comunes. En este caso no cabe duda de que la cosa legada habrá sido adquirida por el legatario no ya en virtud de su condición de tal, sino en fuerza de sus derechos sobre aquelp atrimonio. No cabe, en tal hipótesis, que le vinculen las cargas que acaso hubiera podido imponerle el testador como modo del legado (caso de la resolución de 18 de diciembre de 1916), ni puede proponerse problema alguno sobre la inoficiosidad del legado. A mi juicio, éste, como tal, queda sin efecto. Juega exhaustivamente el límite del art. 864, ya que, a tenor de la aplicación de este precepto que antes hemos propuesto, el legado de cosa ganancial debe entenderse hecho, siempre con cargo a la participación que al testador corresponda en el patrimonio común, lo que, naturalmente, exige considerar presupuesto del le-

gado, que esta participación exista efectivamente. El otro supuesto límite es el inverso; es decir, el que se daría si fuese la restitución del patrimonio privativo del cónyuge testador lo que absorbiera todo el patrimonio común. En este caso debe entenderse legada la totalidad de la cosa, ya que la verdadera voluntad del testador ha sido la de proporcionar al cónyuge el dominio de la cosa legada, que en este caso cabrá por hipótesis, íntegramente, en la participación del testador. No olvidemos que estamos analizando el caso del legado «simpliciter» de cosa ganancial ordenado por un cónyuge a favor del otro.

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 18 de diciembre de 1916, ante un caso de legado de cosa ganancial, ordenado por un cónyuge a favor del otro, dice que «parece requisito indispensable la liquidación de la sociedad conyugal y la adjudicación al marido de los bienes». En el considerando siguiente añade, sin embargo, que «contra las exigencias indicadas puede afirmarse que la transmisión de la propiedad de los bienes a favor de la esposa ha tenido lugar como legado de cosa propia en parte del testador y en parte del legatario, o como consecuencia de la confusión en la misma persona del carácter de partícipe en la sociedad de gananciales con el adquirente a título particular».

Insistimos en que la liquidación de la sociedad es operación preliminar indispensable, por las razones antes apuntadas. Lo que parece improcedente es la adjudicación previa, en todo caso, de la totalidad de la cosa legada a favor del cónyuge testador, si, como antes he expuesto, debe rechazarse, como regla general, la tesis de que el esposo legatario tenga derecho a su mitad íntegra de gananciales (computando en la división la cosa legada), más el objeto legado, si éste se adjudicó a los herederos del testador o a su valor en el caso contrario.

b) *El legado en lugar de la legítima cuando tenga por objeto una cosa ganancial.*

No vamos a entrar aquí en un examen detenido de esta interesante figura jurídica que es el legado en lugar de la legítima, al que han dedicado documentados estudios ORTEGA PARDO (86) y VALLET DE GOYTISOLO (87).

Prescindiendo también de una consideración sobre el tan debatido problema de la naturaleza jurídica de la legítima en nuestro derecho positivo, parece lo correcto en derecho común sostener que

(86) *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid, 1945.

(87) *Imputación de legados otorgados en favor de legitimarios*, en «Revista de Derecho Privado», 1948, páginas 348 y siguientes, y también *Apuntes de Derecho Sucesorio*, cfr. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, abril-junio de 1951, páginas 421 y siguientes, especialmente págs. 495 y siguientes.

la legítima debe ser pagada, como regla general, en cuerpos hereditarios (88). A falta de otros argumentos cabe invocar el extraído de una razonable interpretación a sensu contrario del artículo 1.056 del C. c. (párrafo 2.º).

En nuestro derecho cabe el legado en lugar de la legítima porque lo permite el art. 815 del C. c., pero este legado ha de tener por objeto un bien hereditario. Si la cosa legada en lugar de la legítima es un bien ganancial, el que este bien devenga o no hereditario depende de que se adjudique al lote del testador en la división de la sociedad legal. Y esto, como ya hemos visto, no depende, o no depende sólo de la voluntad del testador o de sus herederos. Puede ocurrir que la cosa legada se adjudique al otro cónyuge, en cuyo caso el legatario habrá de conformarse con recibir su valor. Juega, además, el límite impuesto por la extensión de la cuota del testador en el patrimonio común.

Estos principios, válidos para el legado de cosa ganancial en general, tienen que sufrir las naturales adaptaciones a la posición del legitimario-legatario. Y así parece indudable que en el supuesto de que la cosa legada no se adjudique al lote del testador, el legatario podrá pretender que se le pague el valor de aquélla en bienes de la herencia. Y en el caso de que el legado hubiese de reducirse, por no caber en el lote del testador, el legatario ostentará, sin duda, la acción de suplemento de legítima, si la parte eficaz del legado no basta para cubrir aquélla. En todo caso, la intervención del legitimario-legatario en la división del haber ganancial es inexcusable. Basta para justificarla su carácter de legitimario y la consideración de que el alcance cuantitativo de su legítima depende de lo que se adjudique al lote del testador en la división del haber ganancial, ya que dicha adjudicación integrará, junto con los bienes privativos de aquél, la herencia del mismo, base para calcular la legítima (89).

(88) Cfr. sobre este punto las consideraciones de ANGEL SANZ, en *Comentarios a la nueva ley Hipotecaria*, págs. 143 y siguientes, de GONZÁLEZ PALOMINO, en *Estudios de Arte menor sobre Derecho sucesorio. El acrecimiento en la mejora*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo II, págs. 545 y siguientes, y de PORPETA, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «Estudios de Derecho Sucesorio», Barcelona, 1946, págs. 202 y siguientes.

(89) Cabe plantearse el problema de cuál será la posición sucesoria del legitimario si la cosa legada pro-legítima fuera adjudicada al otro cónyuge. Si sostuviéramos, con ORTEGA PARDO (en ob. cit.), que el heredero forzoso no pierde su condición de tal en el supuesto de legado en lugar de la legítima, figura que no es, a su juicio, más que la expresión de un acto particional realizado por el testador al amparo del art. 1.056 del Código civil, podríamos concluir que en el caso que estamos examinando el acto particional ha quedado sin efecto, ostentando el legitimario, que sigue siendo heredero, derecho íntegro a su cuota legítima. Si aceptamos (como mantuvo VALLER en el primero de sus dos trabajos antes citados; que el legitimario está, en principio, llamado a una cuota de la herencia, si bien el testador puede variar el título de la asignación ordenando a su favor un legado suficiente para cubrir su legítima, también puede pensarse en la ineficacia del legado, caso de no resultar adjudicada la cosa legada al lote del testador, conservando entonces el legitimario su po-

III

EL LEGADO DE GANANCIALES ORDENADO POR AMBOS CONYUGES O POR UNO CON EL CONSENTIMIENTO DEL OTRO

Como decíamos al comienzo de este trabajo, no es infrecuente que cada uno de los cónyuges otorgue su testamento prescindiendo completamente de lo que haga el otro. En este supuesto, si el testador ordena el legado de una cosa ganancial, la eficacia del legado suscita los problemas que hasta aquí hemos abordado. Pero como también indicaba al principio, la más corriente, cuando se trata de matrimonios bien avenidos, es que los dos esposos proyecten y decidan de común acuerdo sus últimas voluntades, que en muchas ocasiones se complementan recíprocamente (90).

sición de heredero. En cambio, entendiendo (como entiende VALLET en el segundo de los trabajos citados) que la legítima no presupone un llamamiento legal a una cuota de la herencia, sino que se halla protegida simplemente por una serie de medidas de tipo negativo, podría sostenerse que el legitimario, aun en el evento que estamos examinando, sigue siendo legatario, si bien asistido de los indiscutibles derechos que se indican en el texto.

(90) La forma testamentaria que mejor se adapta a estas disposiciones otorgadas por los cónyuges de común acuerdo está constituida, sin duda, por el testamento mancomunado.

En tema de legado de cosa ganancial, sin embargo, no siempre el testamento mancomunado bastaría por sí solo para resolver los problemas que plantea esta figura jurídica y, en todo caso, y como es natural, la eficacia del testamento mancomunado en este sentido tendría que depender de la regulación positiva que para este testamento se adoptase, especialmente en orden al problema fundamental de su revocabilidad.

Así, en el caso de que la voluntad de ordenar el legado sea sólo de uno de los cónyuges, limitándose el otro a consentirlo, aunque sobre la base de que en la liquidación de la sociedad de gananciales se le adjudiquen bienes suficientes en pago de su haber, el único que puede proporcionar al testador seguridad de que a su muerte el legado será cumplido *in natura*, es el convenio referido a la adjudicación de la cosa legada cuando la sociedad se disuelva. Aunque este convenio pueda recogerse sin esfuerzo, en el testamento mancomunado, será dicho convenio (de naturaleza extratestamentaria en cuanto al contenido, como en el texto se demuestra), y no el testamento mismo, lo que en su caso impondrá el cumplimiento *in natura* del legado.

Si la voluntad de legar es común a ambos cónyuges, el testamento mancomunado puede brindar «per se» soluciones autónomas. El legado ordenado por ambos cónyuges conjuntamente en un testamento mancomunado y referente a una cosa ganancial puede entenderse como legado hecho, en definitiva, por el cónyuge a quien se adjudique la cosa en la división del haber común. Si la adjudicación se hace a favor del sobreviviente, y si se aceptara la solución de que el testamento mancomunado es irrevocable muerto uno de los testadores (solución del derecho navarro), el legado habría de cumplirse a la muerte de aquél. También podrían legarse recíprocamente los cónyuges una cosa ganancial estableciendo que a la muerte del superviviente la cosa legada pase a un tercero. En este caso, y sin necesidad de imponerse los cónyuges recíprocamente gravamen fideicomisario (cfr. sobre este punto KIPP, ob. cit., vol. 1.º, pág. 191), el legado habrá de cumplirse a la muerte

Así las cosas, puede suceder que uno de los cónyuges desee legar una cosa ganancial a un descendiente o a un extraño, y que el otro esté de acuerdo con ello sobre la base de que a él o a sus herederos se adjudique en su día, y al hacer la división del haber ganancial, otro bien de valor equivalente al legado. En este caso, y si el acuerdo es válido, habrá que adjudicar al cónyuge testador cuando la sociedad se disuelva, o a sus herederos, el bien objeto de la disposición, para que así pueda cumplirse el legado cuando proceda.

Puede ocurrir, también, que la voluntad de favorecer con el legado al legatario sea común a ambos esposos, siendo además deseo de éstos que el usufructo del bien legado lo tenga mientras viva el superstite. Para este caso podrá convenirse la adjudicación, en su día, de la cosa legada al cónyuge que fallezca primero, ordenando en su testamento el legado cada uno de los testadores, con recíproca reserva del usufructo y condicionando su vigencia a que no haya tenido eficacia el establecido por el otro (91). También pueden los cónyuges desear la división, por mitad entre ellos.

del superstite en fuerza a la irrevocabilidad del testamento mancomunado para el viudo (siempre que se admita, para dicho evento, la irrevocabilidad). Claro es que no existiendo gravamen fideicomisario el superstite podrá disponer de la cosa legada, y en tal caso es evidente que el legado no podrá cumplirse *in natura*. Sin embargo, y en fuerza de la irrevocabilidad del legado, debería concederse al legatario derecho a la estimación de la cosa legada, ya que la enajenación de aquella no podría, en este caso, equipararse a la revocación del legado (cfr. art. 869, 1.º del C. c.), de suyo irrevocable una vez muerto uno de los testadores.

Como en el derecho común español, al que exclusivamente se refiere este trabajo, el testamento mancomunado está radicalmente prohibido por el artículo 669 del C. c. no cabe que, por ahora, tengan viabilidad a través del mismo las soluciones que quedan apuntadas. El problema, de derecho constituyente, y referente a si debe o no admitirse de nuevo en nuestras leyes el testamento mancomunado, se tiene que resolver, a mi juicio, en sentido afirmativo. Son delicados, empero, los problemas que ha de afrontar previamente la regulación de esta clase de testamentos. Y, por otra parte, si se quieren consagrar medios que permitan directa y eficazmente realizar lo que constituye aspiración frecuentísima de muchos matrimonios castellanos, no basta con restablecer esta forma de testar.

(91) Claro es que en esta hipótesis lo que puede tener valor vinculante para ambos cónyuges es el convenio de adjudicación de la cosa de que se trate al lote del premuerto, pero eso no presupone que necesariamente haya de cumplirse el legado. A pesar del convenio, si resulta que al fallecimiento del primero de los cónyuges éste ha revocado su testamento, el legado habrá quedado sin efecto. Los cónyuges no pueden comprometerse a no revocar sus respectivos testamentos, y si lo hiciesen, semejante convenio sería nulo, por oponerse a lo dispuesto en el art. 737 del C. c. En cambio, lo que sí pueden hacer es subordinar la eficacia del acuerdo de adjudicación a la circunstancia de que al morir el primero de los cónyuges esté vigente, por su parte, el legado en función del cual se otorgó el convenio. Esta condición, a mi ver, es perfectamente lícita y no afecta para nada a la facultad de revocar cada cónyuge sus respectivas disposiciones testamentarias cuya facultad subsiste íntegra.

del objeto legado, para ordenar separadamente con su mitad respectiva un legado, a favor de distintos legatarios o del mismo (92).

Todos estos convenios de adjudicación a uno o a otro de los esposos de la cosa ganancial legada, para cuando la sociedad se disuelva, contribuirán, naturalmente, de ser válidos, a dotar de mayor firmeza al legado, imponiendo su cumplimiento «in natura», que es, desde luego, lo principalmente querido por el testador, y determinarán, normalmente, que pueda tener plena realización práctica la voluntad de los cónyuges (93).

Estos posibles pactos plantean muchos y graves problemas. ¿Son lícitos, y por tanto pueden establecerse con eficacia, siendo, en consecuencia, aconsejable su celebración? Supuesta su validez, ¿cuál es el alcance de esa eficacia? Finalmente, ¿en qué forma podrá probarse el convenio caso de haber existido?

La validez y licitud de dichos convenios es, a mi juicio, indiscutible. La doctrina se inclina, en principio, a admitir la validez de la liquidación de la sociedad de gananciales, practicada en vida por ambos cónyuges, y para que surta sus efectos cuando la sociedad haya legalmente de disolverse (94). Como dice con acierto MANUEL

(92) Otra fórmula utilizable para asegurar a los cónyuges, en lo posible, que será cumplido su común deseo de que a la muerte de ambos un determinado objeto ganancial pase a cierta persona a título de legado consiste en que los cónyuges, después de haber pactado la adjudicación por mitad de la cosa ganancial de que se trate para el momento de la disolución de la sociedad, se leguen en sus respectivos testamentos su parte en aquella cosa, imponiendo la obligación al que resulte legatario de transmitirla a su muerte a un tercero. Esta disposición sería perfectamente eficaz. En cuanto a la parte del premuerto, por implicar una sustitución fideicomisaria válida, y en cuanto a la parte del legatario, porque esta carga es posible con arreglo al art. 863 del C. c. El tenor literal de este precepto, y en esto coincido con VALLER (Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1.056 y del art. 863 del C. c. En Revista General de Derecho, 1946, pág. 673, y 1947, pág. 2 y siguientes), y disiento de OGAYAR (tomo 6.º de los Comentarios al Código civil de MANRESA, 7.ª edición, 1951, pág. 721), no autoriza a sostener, sin más que el gravado pueda a su arbitrio entregar la cosa legada o su estimación. Es evidente que el cónyuge que resulte legatario no podrá aceptar la parte legada rechazando la carga que se le impone respecto de la parte propia, pues ello lo impide el art. 869 del C. c.

(93) El que pueda reconocerse eficacia a los expresados convenios es sumamente interesante si se tiene en cuenta que en la práctica es frecuente que la sociedad de gananciales no se liquide de hecho hasta después de fallecer el cónyuge superviviente. Si los esposos han obrado de común acuerdo, lo más probable es que el sobreviviente respete espontáneamente lo acordado con el difunto. Pero si la cuestión se plantea después de muertos los dos esposos, en cuyo caso serán sus respectivos herederos los que habrán de liquidar la sociedad, es más fácil que alguno de aquéllos (especialmente si no son los mismos los herederos de uno y otro consorte) quiera entorpecer el cumplimiento del legado, al menos «in natura».

(94) Cfr. FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: «Disolución de la Sociedad de gananciales. Consulta», en «Revista de Derecho privado», tomo XI, 1924, páginas 543 y sigs., especialmente págs. 546 a 549, y MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, «Sobre particiones realizadas por el testador», en «Revista Crítica de Derecho inmobiliario», 1927, págs. 166 y sigs., especialmente págs. 171 y sigs.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, nada se opone a la validez de estos actos. No hay alteración en el régimen económico de la sociedad legal, ni conclusión de ésta. El acto no implica que cada cónyuge haga suya anticipadamente su mitad de gananciales, ni presupone renuncia a la sociedad (95). Y como exactamente indica De Diego (96), «la disolución y liquidación no son más que ideales o teóricas, subsistiendo la sociedad después como antes de estas operaciones..., los cónyuges no toman su parte en el haber común, sólo preparan su ulterior sucesión». El régimen, pues, a que están sometidos los bienes de los cónyuges no varía; subsisten íntegros los derechos y obligaciones que a cada uno de los esposos corresponden durante la sociedad. Se trata sólo de establecer cómo habrá de liquidarse la misma cuando legalmente proceda su disolución.

A estas fundamentales consideraciones cabe agregar otras. No se puede pensar, desde luego, que el supuesto implique un pacto sucesorio prohibido. Pacto sucesorio es aquél que tiene por finalidad esencial regular la suerte del patrimonio del disponente a su muerte, bien concediendo directamente derechos sucesorios (pacto sucesorio positivo), bien extinguiéndolos (pacto sucesorio negativo o renunciativo) (97). En la liquidación y división del haber ganancial para el supuesto de muerte de uno de los cónyuges no sucede nada de esto. Los cónyuges no se conceden, en aquélla, derecho hereditario alguno, ni se lo otorgan tampoco a tercero. Cierto que los bienes adjudicados a cada cónyuge pasarán, en su momento, y cuando la adjudicación haya tenido efecto, a formar parte de sus respectivas herencias, pero el derecho a dichas herencias, o a bienes determinados integrantes de las mismas, no vendrá conferido por el convenio de liquidación y división, sino por la ley o testamento del cónyuge de que se trate.

Por último, y a favor de la validez de estas liquidaciones y divisiones, cabe alegar que las mismas son presupuesto lógico de la facultad de hacer la partición que el art. 1.056 del C. c. concede a todo testador. Esta facultad, respecto de los testadores casados bajo el régimen ganancial, quedaría notablemente cercenada si no estuviese permitido que los cónyuges pudieran determinar con relativa exactitud los bienes gananciales que a la disolución de la sociedad corresponderán a cada uno, ya que ello es necesario para precisar el caudal partible, lo que, naturalmente, es base previa de la partición.

(95) Ob. cit, pág. 172.

(96) Ob. cit., pág. 348.

(97) Se considera también pacto sucesorio al que tiene por objeto estipular sobre la sucesión o herencia de un tercero aun no abierta. Pero este supuesto, y a pesar de que la sistemática tradicional lo incorpora a la llamada sucesión contractual, difícilmente puede calificarse de contrato sucesorio en sentido rigurosamente técnico. De todos modos, es indudable que nada tiene que ver con los acuerdos que se estudian en el texto.

Así, pues, si los convenios de liquidación y división del patrimonio ganancial entre los cónyuges, y para el momento en que la sociedad deba legalmente disolverse, son válidos y eficaces, no hay razón, en mi entender, que impida limitar el convenio a regular, tan sólo, la adjudicación, para ese mismo momento, de bienes concretos de la sociedad, sin que se proceda a la liquidación total de ésta. Las mismas razones que abonan la validez de aquellos convenios justifican la licitud de estos otros acuerdos más concretos y limitados. El incuestionable principio jurídico de que quien puede hacer lo más puede hacer lo menos, mientras no haya razón que a ello se oponga (y no la hay en nuestro caso), nos conduce, necesariamente, a admitir la validez de esos pactos concretos y limitados, una vez que hemos aceptado la de los de liquidación y división de todo el patrimonio ganancial.

Admitida la validez de estos acuerdos, ¿cuál es su eficacia? A mi juicio, estos pactos (tanto los que abarquen la liquidación total del patrimonio común y su división, como los que se refieran solamente a la adjudicación de bienes determinados) son vinculantes para ambos cónyuges y sus respectivos herederos, obligados, en consecuencia, a pasar por ellos. Por tanto, no creo que puedan ser revocados por la voluntad unilateral de cada uno de los cónyuges. Supuesto que descansan en un acuerdo de voluntades, no cabe desconocer su naturaleza convencional o contractual (entendiendo la expresión en sentido amplio), y, por consiguiente, no implicando los mismos, según hemos visto, disposición alguna de carácter «mortis causa», no hay inconveniente en aplicar a los mismos el principio general de irrevocabilidad de los contratos que sanciona el art. 1.256 del C. c. Por otra parte, si las convenciones que nos ocupan fueran revocables unilateralmente, perderían prácticamente toda su utilidad.

El que estos convenios sean vinculantes en el sentido expuesto, no significa, sin embargo, que su cumplimiento haya de ser fatal e inexorable. Tratándose de acuerdos que han de surtir sus efectos en un momento posterior, habrán de ser necesariamente adaptados a las circunstancias de hecho del patrimonio común en el momento de la disolución de la sociedad. Esta adaptación, que puede plantear serios problemas si lo que los cónyuges han hecho ha sido una liquidación y división para el futuro de todo el patrimonio común (98), es, en cambio, más simple si los cónyuges se han limi-

(98) La adaptación de estas liquidaciones y divisiones generales a la situación de hecho existente al disolverse la sociedad puede plantear problemas de difícil solución. Sin ánimo de presentar conclusiones definitivas, que exigirían un estudio especial y detenido, se pueden adelantar algunas sugerencias con carácter provisional.

Las alteraciones experimentadas por el patrimonio común durante el tiempo comprendido entre la celebración del convenio de liquidación y la disolución efectiva de la sociedad pueden haber sido de índole muy diversa. Puede haber aumentado el pasivo de la sociedad, en cuyo caso será necesario destinar nuevos bienes a su extinción. La determinación de cuáles hayan de ser estos

tado a convenir la adjudicación a uno de ellos de un determinado objeto ganancial, en pago de su haber y a cambio de adjudicar al otro bienes equivalentes. En este caso, y siempre que quepa en el lote del adjudicatario el objeto de que se trate, el acuerdo habrá de cumplirse prescindiendo de cuáles hayan sido las alteraciones experimentadas después por el patrimonio común. Únicamente si la situación de éste al disolverse efectivamente la sociedad fuese tal que no consintiera la adjudicación íntegra de la cosa en cuestión, por exceder su valor del haber líquido del cónyuge adjudicatario, la adjudicación habría de quedar sin efecto en la medida

bienes exigirá, desde luego, nuevo convenio, con intervención y consentimiento de todos los interesados. Si, por el contrario, el pasivo ha disminuído, habrán de quedar sin efecto, en todo o en parte, las adjudicaciones realizadas para satisfacer el mismo. Lo que haya de hacerse en tal caso con los bienes adjudicados para pago de deudas exigirá también nuevo acuerdo.

Mayores dificultades pueden suscitar las alteraciones en el activo. Si lo que ocurre es que a la disolución de la sociedad existen nuevos bienes no comprendidos en la división, es evidente que dichos bienes habrán de ser objeto de una división complementaria que se regirá por las normas y principios generales. Los aumentos o disminuciones en el valor de los bienes adjudicados sólo pueden dar lugar a la rescisión del convenio si el perjuicio que causen excede de la cuarta parte que señala el art. 1.074 del C. c., cuya aplicación analógica a este supuesto me parece plenamente fundada. Problema distinto es el que plantea la adjudicación a uno de los cónyuges de bienes que «ab initio» fueran insuficientes para cubrir su cuota calculada sobre la base de los bienes entonces existentes. El supuesto roza el tema de las donaciones entre cónyuges.

La pérdida o deterioro fortuitos de los bienes adjudicados fundaría sólo, a mi juicio, derecho a una indemnización por parte del cónyuge perjudicado previo el correspondiente reajuste del valor de los haberes respectivos. ¿Quid de la enajenación de bienes adjudicados? La enajenación es perfectamente posible ya que la división, proyectada para el futuro, no altera para nada el régimen de la sociedad mientras no concurra una causa de disolución. A mi modo de ver hay que distinguir. Las enajenaciones otorgadas por el marido (o excepcionalmente por la mujer cuando ella fuera la administradora de la sociedad legal) y referentes a bienes que se incluyeron en su propio lote no le puede atribuir el derecho a dejar sin efecto la división acordada, porque de lo contrario esta división quedaría, de hecho, completamente a su arbitrio, y además la causa de que aquella no pueda cumplirse tal como se convino se debe en este caso a un hecho que le es imputable. Tendrá, de todos modos, derecho a que al término de la sociedad se reajusten los haberes respectivos y a tomar lo que le falte para completar el suyo en otros bienes gananciales, si los hubiere, o a ser indemnizado. Si los bienes enajenados corresponden al lote de la mujer, parece lógico atribuir a ésta derecho a optar entre que se resuelva el convenio dejándolo sin efecto (ya que la imposibilidad en orden a su cumplimiento íntegro se debe a un hecho imputable a la otra parte) o a que se la indemnice.

Desde luego, lo preferible es que si los cónyuges practican en vida la liquidación de la sociedad de gananciales para cuando ésta haya de disolverse, prevean y resuelvan por anticipado estas cuestiones. Hay que señalar, no obstante, que no es probable que las mismas lleguen a presentarse. La liquidación y división para el futuro del patrimonio común será normalmente el antecedente de las particiones que ambos cónyuges proyecten otorgar de sus respectivas herencias. Estos actos suelen realizarse cuando ya el final de la vida está próximo, y recaen, generalmente, sobre patrimonios estabilizados cuyos dueños se sienten poco propicios a cambios, modificaciones o a nuevas empresas.

necesaria. El legado, entonces, tendría que entenderse limitado en la misma medida de conformidad con lo que antes hemos mantenido.

Finalmente, queda en pie el problema de la prueba de los convenios que estamos estudiando. Lógicamente, cuando se trate de liquidaciones y divisiones de todo el patrimonio ganancial, éstas se formalizarán documentalmente y, por ello, no surgirá ninguna dificultad particular en orden a su prueba. En cambio, los acuerdos más limitados en orden a la suerte de un bien ganancial, o no llegan a celebrarse (aunque respondan en realidad al verdadero y común sentir de los cónyuges), o son producto de la voluntad tácita de los esposos, o, a lo sumo, se perfeccionan en forma exclusivamente verbal. La labor del Notario, a mi juicio, estriba, de una parte, en estimular a los testadores a que efectivamente lo celebren (si responde, claro es, a sus deseos comunes), y de otra a aconsejar su formalización documental. Es conveniente, en tal caso, que el convenio y su formalización documental sean expresamente recogidos e indicados por los cónyuges en sus respectivos testamentos (99).

(99) Puede surgir la duda de si el simple reconocimiento hecho por ambos cónyuges en sus respectivos testamentos, en orden a la celebración del convenio, y en el supuesto de no haberse éste formalizado documentalmente, puede servir de prueba del mismo. A mi entender, la respuesta debe ser afirmativa. El reconocimiento equivaldrá a la confesión en documento público de que el convenio tuvo efectivamente lugar, y habrá de surtir sus efectos como tal confesión.

¿Conservará esta confesión su valor si resulta revocado el testamento en que se hizo? El problema del valor de la confesión hecha en testamento que después ha sido revocado se ha estudiado principalmente en relación con los reconocimientos de deudas hechos en testamento. La opinión quizá más extendida es contraria a que la confesión pueda surtir efecto alguno si se revoca el testamento que la contiene. No comparto este criterio. A mi modo de ver, el alcance de la revocación de un testamento hay que medirlo en relación con lo que constituya el contenido propio del acto testamentario en cada Ordenamiento jurídico. En nuestro Derecho, el contenido específico del testamento, como se desprende del art. 667, está integrado por *disposiciones patrimoniales «mortis causa»*. Es decir, al igual de lo que sucede en el derecho francés (art. 895 del Código civil) y de lo que establecía el art. 739 del Código italiano de 1865, nuestra legislación tiene un concepto técnico restringido del acto testamentario a diferencia del criterio que inspira la clasificación de MONESRINO y al Código alemán, según el cual el testamento es *el acto que expresa las últimas voluntades de una persona*.

Al margen de otros problemas que puede suscitar el concepto restringido del testamento, yo pienso que de dicho concepto restringido ha de seguirse la consecuencia de que su revocación sólo puede referirse a lo que es *propia-mente testamento*, pero no a aquellos otros que formalmente se hayan incorporado a él y que sean de naturaleza extratestamentaria. Creo, por tanto, que lleva razón CHIRONI (Cláusula revocatoria, «Dichiarazione di debito», en «Studi e questioni di Diritto civile», Milán, 1915, vol. IV, pág. 275), cuando dice: «La declaración de débito no es, por sí, acto de disposición que forme parte del testamento: le es extraña, y el acto valdrá sólo como prueba del débito, atestiguará, simplemente, la confesión hecha. Se sigue de aquí que si con un testamento posterior se revoca el anterior, éste caerá «sólo en cuanto es testamento», y las otras declaraciones extrañas a su esencia permanecerán

IV

LA PARTICION TESTAMENTARIA Y LA ADJUDICACION A LOS HEREDEROS, EN VIRTUD DE LA MISMA, DE BIENES GANANCIALES

En realidad, y como apuntaba al principio de este trabajo, la hipótesis que ahora voy a examinar es distinta a la de legado de cosa ganancial, objeto principal del presente ensayo, y por ello pudiera parecer que al ocuparme de esta materia extravaso el contenido del tema propuesto. Si se tiene en cuenta, empero, no sólo el interés práctico de un estudio combinado de la partición testamentaria y de la liquidación y división de la sociedad de gananciales, sino también las indudables concomitancias que existen entre el legado de una cosa ganancial y la asignación de cosas concretas gananciales con el carácter de adjudicación particional, se comprenderá que es justificada esta ampliación o extensión del trabajo (en su título ceñido a los legados) sobre el terreno de las particiones testamentarias.

válidas.» «Claro es—sigue CHIRONI—que si la confesión de deuda es un acto simulado (como tal confesión) y lo que el testador se propuso con ella fué simplemente enmascarar una liberalidad «mortis causa», la falsa confesión (y verdadero legado) quedará sin efecto si se revoca el testamento en que se hizo.» Pero tal posibilidad no existe en realidad con referencia a un convenio como el que nosotros estamos examinando.

La más moderna doctrina italiana, al estudiar las disposiciones no patrimoniales, que según el art. 587 de nuevo Código pueden hacerse en testamento, se plantea el problema de si las mismas son o no alcanzadas por la revocación del testamento que las contiene. CICU («Le Successioni», pág. 285) y GARGI («La Successione testamentaria nel vigente diritto italiano», 1947, tomo I, pág. 32) distinguen entre disposiciones no patrimoniales, pero de última voluntad (como, por ejemplo, el nombramiento de tutor), y disposiciones que no son de última voluntad (como el reconocimiento de hijos naturales). Solamente las primeras quedarán sin efecto si se revoca el testamento en que se hicieron.

En nuestro derecho, un argumento a favor de la tesis que sostenemos es el que se desprende del art. 742 del C. c., según el cual el reconocimiento de un hijo natural no pierde su fuerza legal aunque después se revoque el testamento en que se hizo. Este artículo, precisamente, lo aduce CHIRONI (en obra citada, pág. 276) en apoyo de su punto de vista.

Sin embargo, el sentir de la doctrina entre nosotros es más bien contrario al criterio expuesto. Cfr., en este sentido, TRAVIESAS («El testamento», páginas 144 y 145) y LAVANDERA («Testamento revocado. Confesión de deudas». Cfr. resumen en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 120, págs. 144-145, y tomo 123, pág. 104). La Sentencia de 11 de abril de 1916 niega eficacia a la confesión de deuda hecha en testamento revocado.

A la vista, pues, de este fallo, y aunque el caso que a nosotros interesa es ajeno a las confesiones de deuda, será, desde luego, lo más conveniente que los cónyuges formalicen documentalmente su acuerdo, independientemente de que, además, lo reflejen en sus respectivos testamentos, si quieren asegurar la prueba de aquel y su irrevocabilidad.

El parecido entre los dos supuestos viene determinado por el hecho de que tanto en el caso de que el beneficiario de la disposición sea un legatario, como cuando se trata del heredero a quien el testador impone la partición realizada por él, la adquisición «mortis causa» se limita, en principio, a bienes determinados. Por eso, algún autor, como TEDESCHI (100), sostiene que la partición testamentaria se descompone, en suma, en una serie de disposiciones a título singular.

Naturalmente, la controversia sobre si el adjudicatario de bienes concretos, en base a una partición testamentaria, conserva su condición de heredero o debe ser considerado simple adquirente a título singular (es decir, legatario), no es una discusión simplemente académica, ya que la posición jurídica del adjudicatario será distinta según se sostenga una u otra opinión. Entre otras cabe señalar las diferencias siguientes: Si al adjudicatario se le reputa legatario no acreditará derecho, en ningún caso, a los bienes que no habiéndose comprendido en la partición, pudieran existir al fallecimiento del testador; mientras que si se le considera heredero, su derecho a tales bienes será indiscutible. Por otra parte, si el adjudicatario es heredero pesará sobre él la responsabilidad ultra vires por las deudas del causante (que sólo podrá limitar con el beneficio de inventario), lo que no ocurrirá si tiene la consideración de legatario, ya que los legatarios no responden de las obligaciones del testador. Únicamente, si las adjudicaciones hubieran agotado de hecho todo el caudal relicto, el adjudicatario, aun reputado legatario respondería de dichas deudas en base al art. 891 del C. c. (101).

A mi juicio, no obstante, cuando se trata de una verdadera partición testamentaria no cabe estimar que el adjudicatario sea un simple legatario. En el supuesto de partición testamentaria hay que distinguir en la voluntad del testador dos aspectos o direcciones diferentes. De un lado existe (o debe existir para que realmen-

(100) «La divisione d'ascendente», 1936, págs. 27 y sigs., aunque en realidad toda la monografía tiene por principal objeto defender la tesis de que la partición realizada por el ascendiente implica disposiciones a título singular.

(101) Ni aun en esta hipótesis resulta claro, a mi juicio, que sea indiferente estimar que el adjudicatario sea legatario o heredero. Si es legatario no dejará de serlo aunque el art. 891 del C. c. le imponga responsabilidad por las deudas y gravámenes de la herencia. Ni este artículo ni ningún otro declara que el legatario se convierta en heredero en el supuesto de distribución de toda la herencia en legados. Ello, a mi juicio, puede tener trascendencia incluso sobre el alcance de la responsabilidad que excepcionalmente se impone al legatario en esta hipótesis. Así creo que la responsabilidad del legatario en base al art. 891 del C. c. está limitada *cuantitativamente* al valor de los bienes que adquiera, por aplicación de lo dispuesto en el art. 838, párrafo segundo del mismo cuerpo legal. Por esto me parece un tanto discutible la afirmación de MARTÍ MIRALLES (cit. por VALLET en su trabajo «Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios», ya citado, pág. 319), suscrita por VALLET (en dicho lugar), en el sentido de que por obra del art. 891 los legatarios, en el caso contemplado por dicho precepto, vienen a tener la consideración jurídica, derechos y cargas de los verdaderos herederos.

te se trate de una partición testamentaria), la voluntad de insituir herederos a los adjudicatarios, otorgándoles el tratamiento y consideración de tales, y por otro, el testador quiere, para evitar la indivisión, atribuir a cada uno bienes concretos, repartiendo entre ellos el patrimonio hereditario. En cambio, en el supuesto de legado no hay la voluntad de otorgar al destinatario de la disposición testamentaria la condición de heredero. Sólo existe el propósito de transmitirle los bienes a que la disposición se refiere.

Por otra parte, aunque se entienda que es esencial, como regla general, atribuir al heredero, para que realmente lo sea, todo el patrimonio hereditario, o una cuota del mismo considerado en abstracto, la excepción que a tal regla supondría el art. 1.056 del Código Civil, estaría perfectamente justificada. Si los herederos son varios es imposible que cada uno reciba todo el patrimonio hereditario. Su concurrencia implicará necesariamente la atribución, a cada uno, de una cuota en el patrimonio, lo que determinará a la muerte del causante, una situación de comunidad, normalmente transitoria, resuelta por la partición. Si la finalidad del testador ha sido, al hacer las asignaciones concretas, evitar simplemente esa fase intermedia de indivisión, sólo argumentos puramente dogmáticos y formalistas pueden conducir a la conclusión de negar a los adjudicatarios la condición de herederos. No cabe duda, además, que aun cuando se entienda necesario que el heredero precisa, para serlo, recibir todo el patrimonio o una cuota sobre el mismo considerado en su unidad, esto sólo implicaría una regla general excepcionada por el precepto que permite al testador hacer la partición de su herencia (art. 1.056). Como dice acertadamente ORTEGA PARDO (102), si la consecuencia necesaria de la partición testamentaria fuera la de hacer legatarios a los adjudicatarios, sobraría el art. 1.056, ya que el art. 891 permite al testador la distribución de toda la herencia en legados (103).

(102) Heredero testamentario y heredero forzoso, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo III, fasc. 2.º, pág. 330.

(103) Tiene importancia, de todos modos, ver cómo se conjuga el artículo 1.056 del C. c., y la facultad que concede a todo testador de hacer por sí la partición de su herencia, con lo que se considere esencia de la posición jurídica del heredero, lo cual repercute, o puede repercutir, sobre el problema de saber cuándo estamos en presencia de una verdadera partición testamentaria.

Para enfocar adecuadamente la cuestión hay que partir, a mi entender, del dato cierto y real de que en virtud de la partición testamentaria los herederos no adquieren directamente cada uno más que los bienes determinados (por lo menos en cuanto a los comprendidos en la partición) que, respectivamente, les adjudique el testador. La finalidad perseguida por éste ha sido, precisamente, la de evitar que entre sus herederos surja la indivisión. Por eso no me parece acertada la opinión de aquellos autores (por ejemplo, PACIFICI MAZZONI, RICCI, BORSARI, etc., citados por TEDESCHI en ob. cit., pág. 3), que estiman que en la partición del ascendiente (empleo ahora esta expresión de acuerdo con la situación legal del derecho italiano anterior al nuevo Código) hay que ver en primer lugar una atribución colectiva, a los descendientes, de la masa de bienes, verificándose a continuación, aunque sea de forma automática, la división de aqué-

De lo dicho se desprende, pues, que no es igual que el testador disponga de una cosa ganancial a título de legado, que la atribu-

lla. La construcción indicada me parece falsa. Como dice con acierto TEDESCHI, en la partición testamentaria deben excluirse estas dos supuestas fases sucesivas, ya que el efecto atributivo y el distributivo se verifican en el mismo momento, el momento de la apertura de la sucesión. Lo que ocurre, a mi juicio, es que la palabra partición, referida a la hecha por el testador, se emplea más bien en sentido económico o de hecho que en su acepción rigurosamente técnica. No se trata de hacer que cese una situación previa de comunidad (esto es, partición en sentido técnico), sino de distribuir o repartir un patrimonio precisamente para evitar que llegue a existir la indivisión hereditaria (lo que en un sentido más amplio y menos riguroso también puede llamarse partición).

Supuesto lo que antecede, ¿en qué forma se compagina lo que es efecto característico de la partición testamentaria, según lo que queda dicho, con la esencia de la posición jurídica del heredero?

La contestación a esta pregunta presupone la fijación previa de dos conceptos antitéticos y fundamentales para el derecho sucesorio. El concepto de heredero y el de legatario. No es mi propósito abordar aquí con detenimiento el estudio de esta distinción tan debatida, lo que me obligaría, entre otras cosas, a la exposición y crítica de toda una larga serie de opiniones y teorías cuyo examen haría interminable esta nota y excedería, además, de la finalidad que me propongo al escribirla. Voy simplemente a apuntar algunas cuestiones y a sugerir cómo pueden las mismas resolverse siempre en relación con nuestro tema: la partición testamentaria.

A mi modo de ver, y en torno a la figura jurídica del heredero, deben separarse dos cuestiones que en realidad son distintas, aunque tengan una íntima relación entre sí. Una, la de saber *quién es heredero*, y otra, la de precisar *cuál es la esencia de la posición jurídica del heredero, y precisamente por serlo*. La primera interrogante, y tratándose de sucesión testamentaria, tiene una contestación inmediata muy sencilla: *Es heredero el designado como tal por el testador*. Pero, y aquí surge o puede surgir la complicación, ¿cómo ha de hacerse la designación para que el designado sea efectivamente heredero? Tres criterios pueden mantenerse en este punto: el literalista (será heredero aquel a quien el testador haya designado con esta expresión), el objetivo (será heredero, prescindiendo de las palabras empleadas por el causante, aquel a quien el testador atribuya todo su patrimonio o una cuota del mismo), y finalmente, el voluntarista (será heredero aquel a quien el testador haya querido conceder esta condición). Ahora bien, este criterio voluntarista, que es, sin duda, el de nuestro Código como lo demuestra su art. 668, es en sí mismo incompleto. ¿Cómo saber, en efecto, si el testador *ha querido* atribuir a una determinada persona la cualidad de heredero? A mi entender, para fijar la voluntad real del testador hay que empezar necesariamente por determinar cuáles son los efectos que el testador ha querido que surta su disposición para compararlos con los que son expresión de la posición jurídica del heredero, de acuerdo con lo establecido en este punto por el Ordenamiento jurídico. El criterio voluntarista tiene que completarse, pues, con una exacta determinación *a priori*, de cuál sea la posición jurídica del heredero. Ello nos lleva al examen de la segunda de las dos cuestiones antes propuestas.

Nuestro Derecho no es muy preciso al condensar en su art. 660 cuál es la esencia de la posición jurídica del heredero cuando nos dice «llámase heredero al que sucede a título universal». Porque, ¿qué significa en la realidad suceder a título universal? Un estudio conjunto de los diversos preceptos del Código que en cada caso regulan aspectos concretos de la posición jurídica del heredero lleva a la conclusión de que es característica de dicha posición jurídica (y por tanto de lo que el Código llama suceder a título universal) la de que el heredero es un *sucesor en la posición jurídica del causante*. El heredero se subroga en la titularidad de las relaciones jurídicas del causante, no limitándose a ser un simple adquirente de derechos. En este sentido, puede afirmarse que mientras el heredero es un sucesor (aunque al serlo también pueda

ción de cosas concretas de la misma naturaleza, realizada en función de una partición testamentaria, y esto aunque entre ambos

resultar adquirente), el legatario es simplemente un adquirente (aunque el valor de lo que adquiera pueda estar contrapesado por las cargas que se le impongan). (Cfr. en este sentido ORTEGA PARDO en su citado trabajo, *Heredero testamentario y heredero forzoso*, págs. 326 a 328.)

La característica expuesta de la posición jurídica del heredero como sucesor del causante (idea esencialmente romana) tiene en otras consecuencias, que no es necesario señalar ahora, una fundamental: la responsabilidad por el pasivo, que sólo se atenúa, aunque no se excluye, con el beneficio de inventario.

¿Es también esencial y característico de la posición jurídica del heredero, como sucesor a título universal del causante, el que adquiera, al menos *prima facie*, todo el patrimonio del *de cuius*, o una cuota de todo el patrimonio en el supuesto de ser varios los herederos? La respuesta afirmativa se encuentra en la doctrina dominante de todos los tiempos. Se afirma que el heredero, o los herederos, si son varios, y por serlo, adquieren la totalidad (universalidad) del patrimonio hereditario, o el remanente global del mismo después de deducir los legados de cosas de la herencia ordenados por el testador, ya que la propiedad de las cosas específicas legadas (propias del testador) son adquiridas *recta viae* por el legatario (cfr. art. 882, párrafo primero del Código civil). Con mayor rigor aún, ANDREOLI (*Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, Milán, Giuffrè, 1942. Apéndice «Apunti sul legato di quota», págs. 206 y siguientes) indica que la sucesión en la universalidad de las relaciones jurídicas del causante, peculiar de la posición jurídica del heredero como sucesor a título universal, postula necesariamente la adquisición por el heredero, o por los herederos, si son varios, de todas las relaciones jurídicas transmisibles del causante, sin que ninguna pueda ser sustraída a su adquisición inmediata, ni siquiera los bienes especialmente legados a otros. La universalidad de los derechos pertenecientes a una persona no es más (superado el falso concepto de la *Universitas iuris* como objeto en sí) que la totalidad de dichos derechos. Y el concepto mismo de totalidad presupone la inclusión en la misma de todos los derechos a que se refiere. La totalidad de los derechos patrimoniales de una persona... menos este derecho o menos aquel derecho..., ya no es totalidad. En consecuencia, ANDREOLI estima que el legatario (incluso el que lo sea de cosas específicas propias del testador) es un adquirente *mortis causa* indirecto. Adquiere, sí, del causante, pero a través del heredero. La naturaleza absorbente de la adquisición de éste como sucesor a título universal, exige que él, y sólo él, sea el adquirente directo de los bienes hereditarios. La adquisición *recta viae*, que desde el derecho romano se postula para el legatario de cosa específica y determinada, propia del testador, debe entenderse en el sentido de que la cosa legada pueda hacerla suya el legatario sin necesidad de un acto jurídico de transmisión por parte del heredero. Pero en todo caso, los bienes legados habrán estado, al menos durante un instante ideal, en el patrimonio del heredero. Y por otra parte, sigue ANDREOLI, este sentido limitado que hay que atribuir a la adquisición *recta viae* del legatario, puede tener trascendencia práctica y sirve para explicarnos algunos supuestos que resultan en verdad ininteligibles de no aceptar la construcción por él propuesta, concretamente, la extensión de la garantía de los acreedores «ex beneficio de inventario» (o en caso de separación de patrimonios), a los bienes legados. (Su teoría, a mi juicio, torna compatibles el artículo 882 del Código civil con lo establecido por el 885 del mismo cuerpo legal).

Aceptado que es característico de la posición jurídica del heredero el que como sucesor a título universal adquiera todo el patrimonio del causante (o lo adquieran entre todos los herederos, si son varios), al menos *prima facie*, esto no significa que aquel a quien el testador atribuya una cuota de su patrimonio haya de ser necesariamente heredero, ni que aquel al que se le hayan asignado cosas determinadas haya de ser forzosamente legatario. Esto sólo podría ser cierto si para resolver la cuestión de saber quién es heredero se sigue un criterio rabiosamente objetivista. Manteniendo en cambio alguno de los otros dos cri-

supuestos exista bastante parecido. Pero como hemos dicho, y no obstante éste, existen diferencias. Las mismas tienen no sólo la

terios cabe que la designación (en el sistema nominalista), o la voluntad del testador (en el sistema voluntarista) se impongan al puro contenido objetivo de la disposición, aunque entonces, claro es, el destinatario de la misma ocupará la posición que le corresponda según sea heredero o legatario. De aquí la necesidad de distinguir, como antes decía, entre aquellas dos cuestiones distintas e íntimamente relacionadas entre sí: determinación de quién sea heredero, en cada caso, y posición jurídica del mismo.

La separación de estas dos cuestiones se observa claramente en el Derecho romano, que admite que el instituido en cosa cierta y determinada sea heredero. En el Derecho romano, la atribución del título de heredero dependía de que el testador hubiera utilizado efectivamente esta expresión. Así, pues, aquel a quien el testador había dejado sólo una cosa determinada de la herencia debía ser reputado heredero si el testador le había conferido *nominatim* y formalmente este título. Pero si el instituido *ex re certa* había de ser reputado heredero, se planteaba una contradicción íntima entre lo querido por el testador (limitar la adquisición del heredero a la cosa en que le instituyó) y la esencia de la posición jurídica del heredero como sucesor a título universal. Esta incompatibilidad, dice BRONDI (ob. cit., pág. 228), debía conducir en rigor a la nulidad del testamento, pero el *favor testamenti* llevó a la solución contraria, si bien manteniendo al heredero en su posición jurídica de tal. Y así la jurisprudencia, desde el tiempo de SABINO, acepta la validez de la institución «*detracta rei certae mentione*», con la consecuencia de que el *heres* adquiere la herencia por completo. La evolución posterior en el Derecho romano tiende a conseguir que los efectos de la institución *ex re certa* se aproximen lo más posible a lo querido por el testador, y en el Derecho justiniano el instituido *ex re certa* es equiparado, como indica BRONDI (ob. cit., pág. 239), a un legatario en ciertos casos, hasta que en el Derecho común la equiparación deviene total y completa, eliminándose todos los residuos de la antigua concepción.

¿Cabe en nuestro Derecho, que sigue el sistema voluntarista, la institución *ex re certa*? No me parece clara la respuesta afirmativa. En el supuesto de institución *ex re certa*, el testador ha expresado en principio una voluntad incompatible con uno de los efectos cardinales de la posición jurídica del heredero al querer limitar su adquisición a un bien concreto. Por eso me parece quizá excesivo afirmar, como lo hace ROAN (cfr. *Texto refundido de la ley Hipotecaria*, en «*Revista de Derecho Privado*», 1946, pág. 644), que el art. 768 del Código civil contiene simplemente una regla presuntiva. Dentro de un sistema voluntarista, y de acuerdo con lo que caracteriza la esencia de la posición jurídica del heredero, la voluntad de instituir, para que verdaderamente lo sea debe manifestarse, por regla general, en el sentido de atribuir al heredero o herederos la universalidad del patrimonio. Esta voluntad sólo puede admitir dos auto-limitaciones. La derivada de la atribución a ciertas personas de cosas específicas de la herencia a título de legado (y sin perjuicio de que las cosas legadas sean adquiridas, también *prima facie*, por el heredero, si aceptamos la tesis de ANDREOLI), y la que descansa en el hecho de que se nombren varios herederos. Esta última posibilidad, admitida por todos los sistemas hereditarios, implica necesariamente la voluntad de atribuir a cada heredero una parte, tan sólo, de la universalidad que es la herencia, ya que no es posible querer dejar el total de la misma a cada heredero. Por tanto, como siempre que el testador nombra a varios herederos no puede querer dejar a cada uno más que una parte, no creo que sea decisivo para saber cuándo hay institución de herederos el que el testador haya hecho el llamamiento en forma solidaria (tesis de GONZÁLEZ PALOMINO, en ob. cit., págs. 523 y siguientes). Si el llamamiento solidario falta no se dará el derecho de acrecer (en esto si estoy conforme con GONZÁLEZ PALOMINO). Pero esto significa sólo que la ley, al faltar el llamamiento solidario, interpreta la voluntad del testador en el sentido de estimar que dicha voluntad ha sido la de que el puesto que deje vacante el heredero instituido que

importancia ya indicada, sino que, además, trascienden también a la extensión de los derechos del adjudicatario «mortis causa» de bienes concretos de carácter ganancial.

no llegue a serlo sea cubierto por el heredero designado por la ley. Cuando el acrecimiento no se da, por faltar el llamamiento solidario, la posición de heredero intestado que reemplaza al instituido que no llegó a serlo *es similar a la de un sustituto vulgar.* Lo prueba el artículo 986 del Código civil, que establece que en la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido *a quien no se hubiera designado sustituto* pasará a los herederos legítimos del testador, *quienes la recibirán con las mismas cargas y obligaciones.* Paralelamente cabe interpretar el artículo 764 del Código civil, que permite que la institución se limite a una parte de la herencia, aunque no haya designación testamentaria de heredero para la otra, sobre la base de entender que en este caso la ley considera que la voluntad del testador ha sido la de que *el heredero instituido comparta la herencia con el legítimo*, razón por la cual limita la participación del primero a la cuota en que le instituye. Esta explicación del art. 764 del Código civil, cuyo artículo implica la derogación del principio romano de la incompatibilidad entre la sucesión testada y la legítima, me parece más conforme con la orientación general del Código civil en materia sucesoria que la que, ingeniosa e inteligentemente, brinda GINOT LLOBATERAS (cfr. *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo III, fasc. IV, pág. 1095), a tenor de la cual el artículo 764 recoge excepcionalmente, frente al concepto en general romano que tiene el Código del heredero, una concepción germánica del mismo.

Quando la institución comprende varios herederos, la esencia de su posición jurídica, como sucesores a título universal, consiste en la adquisición, por cada heredero, de la titularidad de cada uno de los derechos que integran la universalidad jurídica que es la herencia, y ya que ésta no puede concebirse como objeto unitario. Es decir, adquieren, o han de adquirir, para ser herederos, *entre todos, todos los derechos* que componen la universalidad. Puesto que cada heredero no puede adquirir, por imposibilidad matemática, todos los derechos, la esencia de su llamamiento exige, en cambio, que participe en todos ellos. Por eso es fundado, aun en un sistema voluntarista, entender que la institución de heredero, para que verdaderamente lo sea, implica como regla general el llamamiento a todo el patrimonio o a una cuota del mismo. La institución *ex re certa*, si es caso, sólo puede tener una manifestación excepcional a través, precisamente, de la partición testamentaria.

En cambio, y siempre en un sistema voluntarista, cabe perfectamente el legado de parte alicuota (cuya viabilidad en el sistema nominalista es indiscutible). En efecto, es perfectamente compatible con la idea de que los herederos han de recibir *prima facie* todo el patrimonio hereditario, la posibilidad de atribuir a una persona, a título de legado, una cuota de patrimonio hereditario líquido. El legatario será, utilizando la terminología de ANDREOLI, un adquirente indirecto. La atribución a una persona de una cuota del patrimonio líquido, indudablemente posible, no podrá otorgar al favorecido la consideración de heredero si el testador (siempre dentro del sistema voluntarista) *ha querido considerarlo como simple adquirente indirecto de una cuota líquida de la herencia*, excluyendo en él la condición de sucesor jurídico, y con ello, entre otras cosas, su responsabilidad personal por el pasivo, sin necesidad de beneficio de inventario. Hay también, por consiguiente, perfecta compatibilidad entre la voluntad de atribuir a una persona una cuota de la herencia a título de legado y la posición jurídica de legatario. Saber cuándo el testador ha querido atribuir al destinatario de la cuota la posición de simple adquirente indirecto, propia del legatario, o la más trascendente de verdadero sucesor jurídico *mortis causa*, es cuestión de hecho que depende de la interpretación que en cada caso haya que dar a sus declaraciones testamentarias. De esta manera, el legatario de parte alicuota, cuando realmente lo sea, ostentará, como con acierto dice ROAM (obra citada, pág. 748), la condición de *un simple acreedor de cuota*, implicando

El problema principal que puede plantear la inclusión en una partición testamentaria de bienes de naturaleza ganancial, viene

ello las consecuencias que el mismo autor señala y que separan, desde luego, el legado de parte alicuota de la institución de herederos en cuanto a sus respectivos efectos. Agreguemos, además, que sólo así cobra autonomía y claro significado la figura que analizamos, y por ello estimamos infortunada la tesis de la sentencia de 16 de octubre de 1940, que pretende equiparar la posición jurídica del legatario de parte alicuota a la del heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario.

Resumiendo, pues, mi pensamiento, diré que para resolver el problema de saber quién es heredero testamentario, dentro de un sistema voluntarista como el nuestro, hay que atender a la voluntad del testador, y para saber cuál ha sido ésta hay que interpretar, en primer lugar, la disposición testamentaria, para ver cuáles son los efectos que el testador ha querido atribuir a la misma, y comparar éstos con los que constituyen la esencia de la posición jurídica del heredero o del legatario. Aplicando este criterio a nuestro Derecho positivo y teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 668 y 675 del Código civil, tendremos que, en principio, habrá que mantener la calificación utilizada por el testador al designar a la persona de que se trate, como heredero o como legatario, ya que primeramente hay que estar al sentido literal de las palabras empleadas por el testador si éstas son claras. Pero si del testamento resulta que el testador no ha querido que se den, en el que llamó heredero o legatario, alguno de los efectos característicos de las respectivas posiciones jurídicas, en tal supuesto habrá de prevalecer lo que constituye verdadera voluntad del testador y prescindir del significado literal de la calificación empleada.

Después de estas reflexiones, quizá demasiado prolifas, pero que he creído convenientes, a fin de plantear con conocimiento de causa la cuestión, podemos ya enfrentarnos con lo que constituye el problema básico planteado en esta nota. El de saber cómo pueden conjugarse los especiales efectos de la partición realizada por el testador con las notas características de la posición jurídica del heredero.

Después de lo dicho hasta aquí, parece claro que en el supuesto de partición testamentaria se producen algunas desviaciones en relación con lo que constituye la esencia de la posición jurídica del heredero. Los adjudicatarios no participan de todos los derechos que integran la *universitas*, en ésta en su conjunto, sino que, al menos en cuanto a los bienes objeto de la partición, cada uno adquiere solamente, si bien de modo exclusivo, aquellos que se le han adjudicado. Se trata, en suma, de una excepción a los principios generales en esta materia, recogida claramente en el art. 1.056 de nuestro Código civil, ya que, como hemos dicho antes, siguiendo a ORTEGA PARDO, de entender que en todo supuesto de partición testamentaria los adjudicatarios son simples legatarios, sobraría aquel precepto a la vista de lo dispuesto en el art. 891. La doctrina dominante en todos los países, de la que sólo se desvían contados autores, estima, asimismo, que la partición realizada por el testador no priva a los adjudicatarios de la condición de herederos.

La excepción tiene su fundamento en la idea de que el testador, al hacer la partición y, por consiguiente, al adjudicar bienes determinados a cada interesado, sólo ha querido evitar la indivisión, pero no excluir de los adjudicatarios la condición de herederos, que en lo demás producirá sus naturales efectos. Esto exige, lógicamente, para que el supuesto encaje en el art. 1.056, que en el mismo esté patente la razón que sirve de base al precepto. Es decir, que sólo podrá estimarse que los adjudicatarios de bienes determinados son herederos cuando esté clara la finalidad particional perseguida por el testador, y, por tanto, cuando la razón de que éste haya querido limitar la adquisición de los instituidos a los bienes determinados que les adjudicó sea únicamente la de evitar la indivisión entre ellos y con respecto a dichos bienes. Esta razón no podrá invocarse, o no podrá invocarse como esencial, cuando el testador haya querido limitar de todos modos y en todo caso la adquisición de los adjudicatarios a

suscitado por el hecho de que el cumplimiento de lo querido por el testador y de la partición por él realizada, al menos en lo que a

los bienes que les asigno, *excluyéndolos de los bienes no comprendidos en las adjudicaciones y que queden o puedan quedar a su muerte.*

Para saber, en función de disposiciones testamentarias concretas, cuándo se cumple y cuándo no el requisito que acabo de indicar, y que nos permitirá precisar cuándo estamos en presencia de un caso claramente incluido en el artículo 1.056, creo que hay que distinguir entre dos grandes grupos de supuestos, distinción que, como más adelante se verá, es de relevante interés en orden a los problemas que se abordan en el texto.

El primero de dichos supuestos está integrado por aquellos casos en los que el testador ha fijado previamente las cuotas que en su herencia, considerada en abstracto, han de corresponder a cada heredero, señalando después los bienes determinados que se adjudicarán a los mismos en pago de sus respectivos haberes. Por ejemplo, si el testador dice: «Instituyo herederos por partes iguales a A, B y C. En pago de sus cuotas recibirá cada uno los bienes que se indican en la partición que a continuación establezco, o que se contiene en el documento que uno a este testamento.»

En estos casos la finalidad particional es evidente. La fijación preliminar de cuotas, referidas a toda la herencia considerada globalmente, y la función específica asignada a las adjudicaciones de bienes determinados denota claramente, a mi entender, la voluntad de atribuir a los adjudicatarios toda la herencia, y demuestra palmariamente que el propósito del testador, al hacer adjudicaciones de bienes determinados, fué exclusivamente la de evitar la indivisión entre los herederos, a los que no excluye, sino que, por el contrario, deja, al atribuirles cuotas con respecto a la herencia en general, los bienes que a su muerte pudieran quedar y que no resulten incluidos en la partición. La doctrina dominante en Italia, a pesar del criterio objetivista de su legislación en orden al problema de saber quién es heredero, admite que la adjudicación de bienes concretos en función de pago de una cuota del patrimonio no priva al adjudicatario de la condición de heredero, tesis ésta recogida hoy por el artículo 588 del nuevo Código.

El segundo grupo de supuestos abarca todos aquellos casos en que el testador distribuye sus bienes (o parte de ellos) entre los que llama sus herederos por vía de adjudicaciones concretas, y sin previa fijación de cuotas abstractas y generales. En estos casos, y en el supuesto de que los adjudicatarios puedan considerarse herederos, no debe tener aplicación, a mi juicio, la regla interpretativa contenida en el art. 765 del Código civil, a tenor del cual los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales, ya que si bien no hubo previo señalamiento de cuotas, si hubo, en cambio, asignación a cada heredero de bienes determinados, a los que en principio ha de ceñirse su adquisición, sin que haya razones para presumir que el testador ha considerado de igual valor los bienes adjudicados a cada heredero en relación con los adjudicados a los demás, presunción que no autoriza a formular el art. 765, que se refiere, como es evidente, a un supuesto por completo distinto. Es corriente y usual la fórmula, en las particiones realizadas por los padres (particiones en las que muchas veces se prescinde de la fijación de cuotas *a priori*), con arreglo a la cual la diferencia de valor que pueda haber entre los bienes adjudicados sea imputable a los tercios de mejora o de libre disposición de la herencia de los testadores.

Pues bien, en estos casos yo no creo que quepa sin más, y en todos los supuestos, considerar simples legatarios a los adjudicatarios. Estimo que la hipótesis cabe, o puede haber, dentro de la previsión del art. 1.056. Aparte de otras consideraciones que se expondrán en el texto hay que tener en cuenta: Primero, que no hay ningún precepto que obligue al testador que quiere partu, a fijar previamente las cuotas abstractas a que haya de sujetarse el reparto. Segundo, el significado especial que tiene la partición testamentaria, pues como ya dijimos, cuando se habla de partición referida a la hecha por el testador se

bienes gananciales se refiere, está supeditado a que en la liquidación y división del patrimonio común sean adjudicados a su lote, precisamente, los bienes que se comprendieron en la partición, lo cual, como ya hemos dicho, no es cosa que el cónyuge de que se trata pueda imponer unilateralmente al otro (103 bis). Los trastornos que puede producir en la economía de la partición el que las cosas no sucedan así, justifica que sea extremadamente conveniente, y, por tanto aconsejable, que si el testador quiere ejercitar la facultad que le concede el art. 1.056 del C. c., y está casado bajo el régimen ganancial, llegue previamente a un convenio con su cónyuge sobre la forma en que se liquidará y dividirá, cuando proceda, el patrimonio común. Nos remitimos a lo antes dicho en punto a la licitud y eficacia de estos actos.

Pero puede ocurrir que no haya habido acuerdo entre los esposos, o que habiéndolo habido no pueda ser cumplido íntegramente, ya que, como expuse anteriormente, la eficacia vinculante de dichos acuerdos sólo postula que necesariamente hayan de cumplirse cuando lo consienta la situación de hecho de la sociedad al tiempo de su disolución.

Planteados de esta forma el problema, estudiaré, en primer lugar, la trascendencia que sobre la partición hecha por el testador puede tener que no se adjudiquen a su lote los bienes gananciales que se incluyeron en aquélla, para hacer, después, algunas reflexiones sobre las modalidades de las particiones hechas, habiendo acuerdo entre los cónyuges.

usa la expresión más bien en el sentido de distribución o reparto de bienes que en su acepción verdaderamente técnica; no se trata de hacer cesar una situación previa de comunidad (lo que sí exigiría la previa fijación de las cuotas de los interesados en la misma) que con respecto a los bienes adjudicados no ha existido nunca. Tercero, que, por consiguiente, y aunque no haya fijación previa de cuotas, puede haber sido una razón exclusivamente particional (de evitar la indivisión) la que haya movido al testador a limitar la adquisición de cada heredero a los bienes determinados que les haya adjudicado, en cuya hipótesis estaremos dentro de la excepción que establece el art. 1.056 del Código civil en orden a lo que constituye la esencia de la posición jurídica del heredero, como regla general. No podrá decirse, por el contrario, que las razones de la limitación impuesta a cada adjudicatario, al concretar su adquisición a los bienes determinados que se le asignaron, fueron exclusivamente particionales si el testador, sin agotar todo el caudal de que es titular cuando hace el testamento con las asignaciones de bienes determinados no dispone del remanente a favor de los adjudicatarios a los que llamó herederos. Más adelante estudiaremos las distintas hipótesis que pueden darse, distinguiendo en qué casos estamos en presencia de verdaderas disposiciones particionales con institución efectiva de herederos y en cuáles otros se trata simplemente de distribución de la herencia en legados.

(103 bis) Por eso la Resolución de 13 de octubre de 1916 proclama, acertadamente, que no es directamente inscribible en el Registro la partición realizada por el causante y que incluye bienes gananciales, ya que estos bienes no están dentro de su disponibilidad.

A

Imposibilidad de cumplir íntegramente la partición como consecuencia de no resultar adjudicados al lote del testador los bienes gananciales incluidos en la partición.

La solución del problema que en este caso se plantea depende, o puede depender, de varios factores. En primer lugar hay que distinguir, según que el cónyuge partidador sea o no el que primero fallezca. Dedicaremos, paralelamente a lo que hicimos en materia de legados, principal atención a la partición otorgada por el cónyuge que falleció en primer término, a la que vamos a referirnos a continuación, para después hacer también algunas reflexiones sobre el caso inverso.

Partiendo de esta premisa, y para estudiar las repercusiones que en una partición testamentaria pueda tener la no adjudicación al lote del testador de los bienes gananciales comprendidos en ella, creo que hay que distinguir entre dos posibles variedades o especies de la partición testamentaria, que pueden establecerse atendiendo al contenido de la misma.

a) *Partición testamentaria con fijación de cuotas.*—La primera de las dos variantes que puede presentar la partición testamentaria atendiendo a su contenido, es la que tiene lugar cuando el testador ha asignado cuotas de su herencia, considerada en abstracto, a sus herederos, y luego para cubrir, en todo o en parte, esas cuotas ha adjudicado a cada heredero bienes determinados. ¿Qué ocurre si entre esos bienes determinados hay alguno de naturaleza ganancial, y el mismo en la división del haber ganancial no se adjudica al lote del testador o no se le adjudica por entero?

La solución no puede ser sin más, como ahora vamos a ver, la que se propuso para la hipótesis de legado de cosa ganancial. En el caso que estamos analizando la voluntad de instituir herederos a los adjudicatarios, se ha manifestado a través de la asignación a cada uno de aquellos de una cuota de la herencia (asignación fundamental). Las adjudicaciones de bienes determinados son simple complemento o ejecución de esa voluntad. Esto no significa, desde luego (ver lo dicho en la nota 103), que, en este caso, los herederos adquieran primero una cuota sobre toda la herencia, y que en un segundo momento aquélla se convierta en un derecho exclusivo sobre los bienes adjudicados, ya que el mecanismo propio de la partición testamentaria presupone que la atribución y su ejecución tenga lugar simultáneamente. Pero si significa, en cambio, que el testador ha considerado las adjudicaciones de bienes concretos como simple medio para, evitando la indivisión, cubrir, por lo menos parcialmente, el valor de cada una de las cuotas que ha señalado en su herencia, como módulo de la participación en la misma de cada heredero.

Pues bien, si aplicáramos a este tipo de partición testamentaria las soluciones propuestas para el caso de legado, podría ocurrir que el adjudicatario recibiese, en definitiva, más o menos del valor de su cuota hereditaria, lo que en modo alguno puede presumirse, a mi juicio, que haya podido quererlo el testador. Téngase en cuenta, en efecto, que para saber cuál es el importe definitivo de la herencia del testador (y, en consecuencia, el valor de las cuotas), hay que estar al resultado de la liquidación y división de la sociedad de gananciales, y que puede ocurrir que la situación patrimonial de ésta, al extinguirse, no consienta la adjudicación al testador de todos los bienes (o de otros equivalentes), que aquél comprendió en la partición. Imaginemos, para poner un ejemplo sencillo, que el testador ha instituido a sus dos hijos B y C por partes iguales. A «B» le adjudica bienes privativos por valor de 100.000 pesetas, y a C una finca ganancial que vale otras 100.000. Sucede, sin embargo, que a la muerte del padre la situación patrimonial efectiva de la sociedad de gananciales (que ha empeorado desde el testamento hasta la muerte) no consiente que se adjudique al lote del marido más que la mitad de aquella finca adjudicada a C. Como consecuencia de ello, la herencia del causante (suponemos que no existan otros bienes que los adjudicados a B, y la mitad de la finca adjudicada a C) vale 150.000 pesetas. La cuota de cada heredero (están instituidos por partes iguales) será, pues, equivalente a 75.000. Si en este caso aplicamos la solución que antes mantuvimos respecto de los legados, tendríamos que C habría de conformarse con la mitad de la finca (que vale 50.000 pesetas), con lo cual percibiría menos de lo que importa su cuota. Y si, aceptando alguna de las teorías que antes expusimos al ocuparnos de los legados, sostuviéramos que tiene derecho al valor de la otra mitad de la finca que no le pudo ser adjudicada, resultaría que C percibiría 100.000 pesetas, que es más de lo que vale su cuota, atendido el importe definitivo de la herencia del testador a su fallecimiento.

Creo, por consiguiente, que en esta primera variedad de la partición testamentaria que estamos examinando, hay que prescindir de las soluciones mantenidas para la hipótesis de legado, y hemos de movernos exclusivamente dentro del campo propiamente particional.

Sobre esta base, y para hallar la solución adecuada del problema, consideremos, en primer lugar, la hipótesis de que el testador haya querido realizar la partición completa de su patrimonio. Cabe, a pesar de esto, que a su muerte existan otros bienes no comprendidos en la partición, bien porque haya aumentado su activo después de realizada aquélla, bien porque en la liquidación y división del haber ganancial se le hayan adjudicado, en lugar de los bienes comunes de que dispuso otros bienes diferentes. Tanto en un caso como en otro, estos bienes no están incluidos en la

partición, y por ende, los mismos pertenecen, en principio, a todos los herederos en régimen de comunidad hereditaria.

Así las cosas, el heredero adjudicatario en cuyo lote se incluyó el bien ganancial que después no se ha adjudicado (al menos en su totalidad) previamente al testador, experimenta un evidente perjuicio; recibe menos de lo que debería percibir con arreglo al valor de su cuota y a lo querido por el testador. ¿Cómo subsanar este perjuicio? ¿Procede, realmente, su reparación? En la ley no encontramos respuesta expresa para estas interrogantes, porque el caso que estamos examinando no está directamente resuelto por ella.

La primera solución que se ocurre es la de proclamar la total ineficacia de la partición, ya que la misma no puede cumplirse tal como el testador la planteó, lo que implicaría la necesidad de que los herederos hubieran de proceder a formalizar por su cuenta una nueva partición. Sin embargo, a esta solución pueden oponerse argumentos de peso. En primer término, no cabe pensar en que estemos ante un supuesto de revocación tácita de la partición. Partimos de la hipótesis de que, efectivamente, el bien ganancial adjudicado existe en el patrimonio común al tiempo de la disolución de la sociedad, pero sin resultar íntegramente adjudicado, en la división de aquél, al lote del testador, bien porque no lo consienta la situación de la sociedad al disolverse, bien porque no haya sido posible llegar a un acuerdo con el otro cónyuge (104). Así, pues, el que la partición no pueda cumplirse en estos casos tal como lo ordenó el testador no ha dependido en absoluto de su voluntad y ello excluye, por tanto, la posibilidad de ver aquí un supuesto de revocación tácita.

Por otra parte, existe en nuestro derecho una marcada tendencia a mantener las particiones ya realizadas, no obstante el perjuicio que las mismas hayan podido irrogar a un heredero. En los dos supuestos que guardan mayor paralelismo con el que aquí nos ocupa, el de lesión y el de evicción de alguno de los bienes adjudicados, sólo se otorga al perjudicado derecho a exigir una indemnización, ya que si bien en el caso de lesión la acción a que la misma da lugar se orienta, por ser rescisoria, a dejar sin efecto

(104) El supuesto de que la adjudicación del bien ganancial no pueda realizarse por haber sido aquél enajenado por el testador (lo que es perfectamente posible cuando el testador es el marido) no es diferente del que plantea la enajenación de cualquier otro bien de los incluidos en la partición aunque sea privativo. El que pueda verse o no en esta hipótesis un caso de revocación tácita de la partición, y, más ampliamente, la trascendencia de la enajenación sobre la partición misma es, por consiguiente, un problema que afecta de modo general a todas las particiones testamentarias y no especialmente a las que incluyan bienes de carácter ganancial. Por no ser nuestro propósito ocuparnos más que de las particularidades que pueda específicamente determinar este último supuesto es por lo que no podemos aquí estudiar con detenimiento la cuestión indicada. Cfr., sin embargo, lo que más adelante decimos al ocuparnos de las particiones otorgadas por el cónyuge que falleció en último lugar.

la partición realizada, esto puede evitarlo el heredero demandado por su sola voluntad indemnizando al perjudicado (cfr. art. 1.077 del C. c.). ¿Cabe asimilar la hipótesis que estamos examinando a alguno de estos dos supuestos? La cuestión no es baladí, puesto que si se estimara que estamos ante un caso de lesión debería el perjuicio rebasar el límite de la cuarta parte que señala el artículo 1.074 del C. c. para que pudiera concederse acción al perjudicado, lo que, en cambio, no sería necesario si el supuesto que nos interesa lo considerásemos asimilable a la evicción o sostuviéramos que no encaja plenamente ni en el concepto legal de lesión ni en el de evicción.

A mi ver, no cabe establecer la asimilación con la hipótesis de lesión. Porque si bien es cierto, como dice ALBALADEJO (105), que en un sentido amplio lesión es todo perjuicio causado al heredero en la partición, por lo que también en realidad la evicción es, en cierto modo, determinante de una lesión, no cabe duda de que en nuestro derecho se mantiene un concepto restringido de lesión (como lo prueba el que la evicción se regule como hipótesis distinta) y que se concreta al supuesto de perjuicio causado a un heredero por el menor valor que tengan los bienes a él adjudicados en relación con el que verdaderamente debió percibir, pero no comprende el caso de perjuicio originado por la privación de bienes que le fueron efectivamente adjudicados (evicción) ni tampoco, por tanto, el de que no lleguen a adjudicarse al heredero todos los bienes que habían de componer su lote (supuesto distinto al de evicción, pero que tiene con él indudables concomitancias).

Yo creo, pues, que sin necesidad de invocar la analogía «legis» en orden a la evicción, es indudablemente aplicable a nuestro caso el principio que se desprende de la regulación normativa de los supuestos de lesión y de evicción, y cuyo principio no es otro que el de negar que el perjuicio derivado para un heredero de una defectuosa o incompleta formación de los lotes otorgue al perjudicado derecho a exigir que se proceda a una nueva partición, concediéndosele, únicamente, la facultad de pedir que el perjuicio desaparezca mediante la indemnización correspondiente (106).

Sucede, no obstante, que la posibilidad de que en las hipótesis de evicción y de lesión recabe el perjudicado una indemnización está sumamente limitada por la ley, por lo menos a primera vista, cuando se trata de particiones realizadas por el testador. El artículo 1.070 establece que la obligación de sanear por evicción no existe «cuando el mismo testador hubiera hecho la partición,

(105) Dos aspectos de la partición hecha por el testador en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1948. fasc. 3.º, págs. 962 y 973.

(106) Cfr. a mayor abundamiento los supuestos de omisión de bienes en las particiones, y de preterición de un heredero (arts. 1.079 y 1.080 del C. c.). En ambos casos se mantiene la partición, bien completándola con los bienes o valores omitidos, bien indemnizando al pretérito.

a no ser que *aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario*, y salva siempre la legítima». Y el artículo 1.075 dispone que «la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que *aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador*». Me parece evidente que la limitación que se desprende de estos preceptos en orden a los derechos del perjudicado por la evicción o la lesión en caso de particiones testamentarias debe ser también referible a nuestra hipótesis, ya que, igualmente, habrán de jugar en ella las razones justificantes de dicha limitación.

La interpretación de los artículos 1.070 y 1.075 especialmente en orden a la determinación de los casos en que procede la indemnización al perjudicado «por aparecer o presumir racionalmente» que esto fué lo querido por el testador ha dado lugar a dificultades que recientemente ha tratado de desvanecer ALBALADEJO (107) en un interesante trabajo. A mi modo de ver, una adecuada interpretación de dichos artículos debe partir de la distinción que nosotros hemos planteado al separar dos grandes tipos de particiones testamentarias en orden a su contenido y según que en ellas haya habido o no previa fijación de cuotas por parte del testador. Si éste ha fijado cuotas (que es el caso de que ahora nos estamos ocupando) la voluntad del testador se dirige, como antes indicaba, a la atribución a cada heredero de una participación general en su herencia cuantitativamente bien determinada, asumiendo la adjudicación de bienes concretos de carácter simplemente complementario o ejecutorio de aquella voluntad. En estos casos estimo perfectamente racional presumir que la voluntad del testador hubiera sido la de otorgar una indemnización al heredero si hubiese previsto que éste recibe un valor inferior al de la cuota que le asignó, por habersele privado de alguno de los bienes que se le adjudicaron o por no haber podido recibir íntegro el lote que el mismo testador le atribuyó (108). En cambio,

(107) Cfr. ob. cit. en nota 105.

(108) En el supuesto de lesión «strictu sensu» la cuestión es más compleja. Aunque haya habido fijación de cuotas y aunque el valor de los bienes adjudicados, *con arreglo a criterios objetivos de valoración*, no cubra el de la cuota, yo creo que *habrá que mantener las valoraciones subjetivas del testador* mientras no haya perjuicio para la legítima, o no se demuestre que el testador desconoció, o conoció mal, factores que, de haberlos tenido en cuenta, hubieran variado sus criterios de valoración.

ALBALADEJO (en ob. cit.) sostiene la tesis de que la indemnización debe proceder, en toda partición siempre que haya lesión o evicción. Quizá él parta de la idea de que sólo es verdadera partición testamentaria aquella en que el testador señala previamente las cuotas que han de corresponder a sus herederos en relación a la totalidad de la herencia considerada en abstracto. A mi entender, sin embargo, y aun dentro de la hipótesis de previa fijación de cuotas por el testador, ALBALADEJO, al admitir la rescisión por lesión siempre que ésta exista, va demasiado lejos. Sin que me proponga hacer aquí una revisión crítica a fondo de su trabajo, en el que hay muchos puntos de vista interesantísimos y originales, me permito observar que, de una parte,

si el testador no ha señalado cuotas, sino que se ha limitado a asignar, por vía de reparto, bienes determinados a sus herederos, la voluntad del testador está clara en el sentido de querer que, en relación a los bienes repartidos, cada heredero perciba sólo lo que él le ha adjudicado. Ya no hay base suficiente, a mi juicio, para presumir que en caso de evicción o de imposible adquisición de los bienes adjudicados, el testador, de haberlo sabido, hubiera querido conceder al perjudicado una indemnización que en definitiva vendría a gravar a los otros herederos. La distinción que acabo de plantear como medio de interpretar el artículo 1.070 del C. c. puede, además, esgrimir en su apoyo un argumento de tipo histórico. En el derecho anterior al Código la obligación de sanear en caso de evicción no se daba cuando la partición la había hecho el testador (109), e incluso no se hacía la salvedad de que fuera respetada la legítima. Se entendió, sin embargo, con unanimidad, que el saneamiento procedería, en la medida necesaria, caso de resultar perjudicada la legítima. Por otra parte, un sector doctrinal, siguiendo la opinión de GREGORIO LÓPEZ, entendió que el saneamiento por evicción en las particiones testamentarias también habría de proceder cuando constara que el testador quiso la igualdad entre sus herederos, para lo cual era necesario que los hubiese instituído por partes iguales. A mi modo de ver, el Código no ha hecho más que mantener en este punto el sistema tradicional, dando acogida a la doctrina citada y extendiéndola a todos aquellos casos en que conste de una manera indubitada la proporción en que el testador ha querido que sus herederos se repartan la herencia, lo cual sólo consta, claramente, con arreglo al testamento, si en éste no se señalan las cuotas o módulos de participación de los herederos en la herencia. Esta ampliación que hace el Código de la doctrina que, a mi juicio, le inspira, es perfectamente lógica. No hay razón, en verdad, que abone un distinto tratamiento en este punto para el supuesto de que el testador haya instituído a sus herederos por partes iguales que para el caso, por ejemplo, de que haya instituído a uno de sus herederos en dos tercios de su herencia y al otro en el tercio restante. Siempre que resulte del testamento claramente la proporción en que el testador ha querido que su herencia se reparta entre sus herederos debe presumirse que su voluntad es contraria a que esa proporción se altere como consecuencia de la evicción. En cambio, si dicha proporción no consta, si el testador no ha fijado cuotas de participación, falta la base para establecer aquella presunción. Y el

ALBALADEJO acentúa en exceso la distinción entre «disposición» y «partición», distinción que, a mi ver, se difumina un tanto en tema de particiones testamentarias, y de otra, no tiene en cuenta que la facultad de partir presupone lógicamente la de valorar, facultad ésta a la que hay que atribuir bastante amplitud cuando el que parte es, precisamente, el que dispone.

(109) Cfr. Partida 6.ª, Ley 9.ª, título XI.

Código se atiene entonces al principio tradicional que niega el saneamiento por evicción en las particiones testamentarias (110).

Pienso, por consiguiente, que cuando el testador ha señalado las cuotas que en su herencia han de tener sus herederos, si los bienes gananciales que incluyó en la partición no pueden ser íntegramente adquiridos por el adjudicatario de los mismos, procederá conceder a éste derecho a una indemnización previo el reajuste del valor de las cuotas de acuerdo con el resultado definitivo que arroje la liquidación de la sociedad conyugal (111). La indemnización habrá de hacerse efectiva en dinero, proporcionalmente por los demás herederos, que es la solución legal para el caso de evicción.

Pero cabe preguntarse si el pago de la indemnización será procedente en el caso de existir al fallecimiento del causante otros bienes hereditarios distintos a los comprendidos en la partición, procedan o no de la liquidación de la sociedad de gananciales, si con dichos bienes hubiera bastante para completar la cuota del heredero perjudicado. Como hemos dicho antes al no estar estos bienes comprendidos en la partición pertenecen a los herederos en régimen de comunidad hereditaria. Se puede, en consecuencia, mantener, respecto de lo que haya de hacerse con los mismos, una doble postura: entender que deben repartirse con arreglo a las cuotas de cada heredero, prescindiendo del perjuicio padecido por uno de ellos, que será indemnizado independientemente, o destinar los mismos, preferentemente, a completar la cuota del perjudicado, procediendo sólo la indemnización en metálico por la diferencia, de no ser suficientes aquellos bienes. Aun estimando que las dos posiciones son defendibles, yo me inclino más bien por la segunda. No existe una identidad absoluta entre la hipótesis que aquí estamos examinando y la evicción. Además, que al tratar de

(110) Por esto decíamos en la nota 103 que además de las razones allí invocadas existían otras que amparaban la tesis favorable a la innecesidad de previa fijación de cuotas para que haya partición testamentaria. El hecho de que sólo en el caso de que falte la previa fijación de cuotas tenga fundamento privar al heredero, que ha resultado lesionado o que ha sufrido la evicción, de todo remedio para resarcirse del perjuicio, demuestra que el legislador, al establecer el principio de la improcedencia de tales remedios en caso de particiones testamentarias, ha estado pensando, precisamente, en aquellas particiones (quizá las más frecuentes en la práctica) en las que el testador no ha querido ceñirse a unas cuotas previamente establecidas.

(111) Este reajuste es igualmente necesario en el caso de evicción a pesar de que no esté demasiado claro en este punto el art. 1.071 del C. c. Es evidente que si por evicción se pierde un bien hereditario, el volumen total de la herencia disminuye, y por ende, proporcionalmente, el valor de la cuota de cada heredero. Con arreglo a este forzoso reajuste de cuotas hay que medir la cuantía de la indemnización que hay que satisfacer al perjudicado, porque, de prescindir de dicho reajuste, la indemnización habría de comprender el valor total de la cosa, con lo cual el heredero perjudicado resultaría, paradójicamente, beneficiado. En este sentido se expresa GARCÍA GÓYENA al estudiar el art. 920 del Proyecto de Código de 1851. Cfr. *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, tomo 2.º, pág. 274.

la evicción no tenga en cuenta el Código más posibilidad que la indemnización en dinero es lógico, puesto que aquel cuerpo legal, al regular la evicción en las particiones no se refiere sólo a las testamentarias, sino a todas, por lo cual la hipótesis que sin duda ha tenido presente el legislador es la de que la partición haya agotado toda la herencia. Por otra parte, si en definitiva la partición queda firme y firmes las adjudicaciones cuyo cumplimiento ha sido posible es más razonable entender que la voluntad del testador hubiera sido la de completar el lote del perjudicado con los bienes hereditarios que sobren, que imponer a los demás herederos la carga de una indemnización. Lo lógico es entender que lo que el testador quiere es que la situación de los herederos se altere lo menos posible en relación con lo establecido en la partición. Este principio es el que inspira las soluciones legales en estas materias, como hemos visto.

Expuesta nuestra opinión para el caso de que el testador haya querido hacer la partición de toda su herencia, el reflejo de la misma sobre los supuestos en que sólo se haya propuesto hacer adjudicaciones parciales (112) nos conducirá a soluciones claras. Así, la partición habrá de realizarse previa la determinación del valor de las cuotas, adjudicando a cada heredero bienes bastantes para cubrir la suya, prescindiendo de las asignaciones hechas por el testador si éstas no pueden cumplirse o imputando en cada cuota la parte de los bienes gananciales adjudicados que en la liquidación de la sociedad conyugal hayan correspondido al testador.

b) *Partición testamentaria sin fijación de cuotas*.—El segundo de los dos tipos de partición que se pueden distinguir atendiendo a su contenido está integrado, según se desprende de cuanto llevamos dicho, por aquellas particiones en que el testador, sin fijar previamente, las cuotas que en su herencia hayan de corresponder a sus herederos reparte aquélla entre éstos (a quienes ha querido atribuir el título de tales) por vía de adjudicaciones concretas. En estos casos no cabe estimar que los herederos están instituidos por partes iguales por aplicación de lo establecido en el artículo 765 del C. c. Porque si bien el testador no ha señalado cuotas ha determinado, en cambio, en bienes concretos, lo que cada heredero debe recibir de la herencia.

No creo que en todos estos supuestos estemos ante una simple hipótesis de distribución de la herencia en legados. Aunque no haya previa fijación de cuotas, la distribución de los bienes de la herencia mediante adjudicaciones concretas entre los que el

(112) Me parece claro que la facultad de hacer la partición que concede el art. 1.056 a todo testador incluye tanto la facultad de partir toda la herencia como la de limitar la partición a determinados bienes. En este sentido la doctrina casi unánime de Italia y Francia, con la única excepción de VERGA («Divisione d'ascendente. Sua distinzione dal testamento», en *Rivista de diritto civile*, 1927, págs. 595-596). Para la refutación de la tesis de VERGA cfr. BELOTTI. «La divisione dell'ascendente». Cedam, 1933, pág. 117 y sigs.

testador llamó sus herederos puede obedecer exclusivamente a la finalidad de evitar la indivisión entre ellos, en cuyo caso estaremos dentro de lo previsto por el artículo 1.056 del C. c. (113). El Código no exige que el testador haga la partición acomodándose a unas cuotas que habrían de ser determinadas por él mismo, y ello es lógico, pues en estas particiones el que parte es el que dispone y quien puede hacer con sus bienes lo que tenga por conveniente, salvo el respeto debido a la legítima de los herederos forzosos. Y que efectivamente no exige nuestro Código que la partición testamentaria haya de formalizarse ajustándose a unas cuotas predeterminadas lo prueba el hecho de que, por regla general, excluye la garantía de evicción y la rescisión por lesión en las particiones hechas por el testador, lo que tiene sólo claro sentido referido a esta clase de particiones, por lo demás las más frecuentes

(113) Ver sobre esta cuestión los argumentos esgrimidos en la nota 103. Desarrollando lo que allí se decía, podemos ahora puntualizar diferentes hipótesis para señalar en qué casos hay verdadera partición con institución efectiva de herederos y en cuáles otros se trata de simple otorgamiento de legados, y todo ello de acuerdo con los criterios que antes expusimos. Los principales supuestos que cabe distinguir son los siguientes:

1.º El testador hace asignaciones concretas a favor de determinadas personas a quienes llama herederos, sin agotar su patrimonio actual con dichas asignaciones, y deja el remanente a otras. En tal caso, a mi juicio, los adjudicatarios, en principio, no pueden ser reputados herederos. Sin embargo, si el testador, al instituir *nominatim* a los adjudicatarios de bienes concretos, lo hace otorgándoles el mismo rango que a los destinatarios del remanente y consta expresamente que ha perseguido un propósito particional y que considera el remanente como una adjudicación más, la cuestión es dudosa. Supongamos una cláusula testamentaria concebida en estos términos u otros parecidos: «Instituyo herederos a mis hijos A, B y C, que partirán entre sí mi herencia en la forma y medida siguiente (siguen adjudicaciones de bienes determinados a favor de A y de B, adjudicándose el remanente a C)». Ante casos como éste yo me inclino, más bien, por reputar herederos a los adjudicatarios, y me parece que la hipótesis cabe dentro de la previsión del artículo 1.056. Téngase en cuenta que en nuestro derecho es decisiva la voluntad del testador para saber cuándo hay o no institución de herederos.

2.º El testador no agota su patrimonio actual con las asignaciones concretas por él ordenadas, pero deja el remanente a los favorecidos por aquellas. En este caso los adjudicatarios deben entenderse herederos en fuerza de esta última disposición. Las asignaciones concretas son prelegados. Radicalmente distinta es la hipótesis en la que el testador, atribuyendo previamente cuotas generales en su herencia, establece, por vía de partición parcial, que a cada heredero (o a uno de ellos) se le adjudiquen bienes determinados en parte de pago de su haber. En este caso, los bienes señalados por el testador los perciben los adjudicatarios como parte de su cuota en la herencia, y por tanto, como verdaderos herederos. La distinción puede tener relieve práctico, ya que en el primer caso lo más acertado, a mi juicio, es repartir el remanente por partes iguales si el testador no estableció expresamente la proporción en que deba dividirse éste (por aplicación del art. 765), mientras que en el segundo supuesto el remanente (y toda la herencia) ha de repartirse de acuerdo con las cuotas generales señaladas por el testador.

3.º El testador no agota su patrimonio actual con las asignaciones concretas que ha hecho. El remanente no se lo deja a nadie o excluye de él expresamente a los adjudicatarios. A mi juicio no hay aquí base para afirmar la existencia de una verdadera voluntad de instituir, aunque el testador haya llamado herederos a los adjudicatarios. Entra en juego, sin ninguna interferencia posible,

en la práctica. Son normales, en efecto, las fórmulas con arreglo a las cuales el testador instituye herederos a varias personas, estableciendo que las mismas repartirán entre sí la herencia en la forma que a continuación establece (o en la forma y medida que resulta de las adjudicaciones que ordena a continuación).

En estos casos, a diferencia de lo que ocurre cuando hay fijación previa de cuotas, no puede decirse que el testador haya considerado las adjudicaciones por él hechas como simple medio de cubrir una cuota matemáticamente bien determinada con respecto a la herencia en su conjunto, ya que empieza por faltar la determinación precisa y exacta de dicha cuota. Cuando el testador ha señalado *a priori* las cuotas de sus herederos con relación a la herencia en su conjunto, su voluntad tiende en primer lugar a que cada heredero reciba un porcentaje determinado en su herencia,

el art. 768 del C. c., por lo cual los adjudicatarios deben ser reputados legatarios. Al remanente serán llamados los sucesores intestados; si no hay remanente a la muerte del testador será de aplicar el art. 891 del C. c.

Claro que para que esto sea así es menester que en el testamento esté clara la voluntad del testador de limitar la adquisición de los adjudicatarios a los bienes que les han sido adjudicados. En otro caso habría que ver simples adjudicaciones parciales de carácter particional. Supongamos que el testador instituye herederos a A, B y C, agregando a continuación que A recibirá una finca determinada, B otra y C unas acciones. Esta disposición debe entenderse, a mi juicio, como institución hecha por partes iguales (por aplicación del artículo 765), con imputación de los bienes especificados a las respectivas cuotas. La limitación concreta a los bienes adjudicados estará, en cambio, patente si el testador instituye directamente a A y a B en sendas fincas y a C en las acciones.

4.º El testador agota todo su patrimonio actual en sus asignaciones concretas y además establece que si a su muerte quedaren más bienes, éstos serán repartidos entre los adjudicatarios. En este caso creo que hay verdadera partición y que los adjudicatarios son herederos. E incluso que en tal concepto de herederos (y no con el carácter de prelegado) adquieren los bienes que les haya adjudicado el testador.

5.º El testador agota todo su patrimonio actual con asignaciones concretas sin disponer nada expresamente con respecto a un eventual remanente de bienes. A mi juicio, en este caso, y si el testador otorgó «nominatim» el título de herederos a los adjudicatarios, éstos tendrán efectivamente tal condición. Los arts. 675 y 668 obligan, en principio, a mantener la calificación empleada por el testador, y si el supuesto entra claramente dentro de lo previsto en el art. 1.056, ningún inconveniente hay en mantenerla efectivamente. Del testamento no resulta que la voluntad del testador sea la de limitar de todos modos y en todo caso la adquisición de cada heredero a los bienes concretos que le adjudicó. No están los herederos excluidos de un eventual remanente que si llega a existir creo que les pertenecerá en base a la fuerza expansiva de su título de sucesores universales.

En cambio, si el testador llamó legatarios a los adjudicatarios, creo que también procede mantener esa calificación con arreglo a los preceptos anteriormente citados. Esta calificación puede valer como manifestación de la voluntad del testador de excluir a los adjudicatarios de todo posible remanente. Por tanto, si llega a haber remanente, se deberá abrir, respecto del mismo, la sucesión intestada. En otro caso será de aplicar el art. 891 del C. c.

Finalmente, si el testador nada dice sobre si reputa, en el caso que estamos examinando, a los adjudicatarios herederos o legatarios, creo que habrá que entender lo primero por aplicación del inciso final del art. 668 del C. c.

habiendo sido queridas las adjudicaciones de bienes determinados para cubrir ese porcentaje y porque el testador considera que, efectivamente, lo cubre. Pero si falta la fijación previa de cuotas no puede estimarse ya que el testador haya considerado fundamental la proporción que guardan entre sí los diferentes lotes. Por consiguiente, tampoco puede presumirse con seguridad que en los casos de evicción o de imposible adjudicación a un heredero de los bienes a él asignados (114), la voluntad del testador hubiera sido la de otorgar una indemnización al perjudicado, que vendría a gravar a los demás herederos, quienes, en definitiva, no han recibido más que lo que el testador les ha asignado. Se debe estar entonces a la regla general que se desprende del artículo 1.070 del C. c. (115). Por tanto, hay que sostener que el adjudicatario de un bien ganancial que no haya correspondido al lote del testador nada podrá reclamar de los demás herederos.

No obstante, si en la división del patrimonio común corresponden al lote del testador otros bienes distintos a los por él adjudicados (y siempre que no se trate de bienes especialmente adjudicados a otros) el heredero acreditará derecho a estos bienes hasta el límite de lo que valía lo que a él se adjudicó. En apoyo de esta tesis, sustancialmente igual a la mantenida en tema de legados, cabe invocar la consideración de que en el caso de evicción es indudable que el perjudicado, aunque nada pueda reclamar de sus coherederos, hará suyo el precio de la cosa, que podrá recabar del que transmitió al causante. Además es lógico presumir que el testador, de haber previsto el caso, hubiera querido otorgar al heredero esta limitada compensación que para nada afecta a las adjudicaciones hechas a los demás. De no ser así, habría que entender que el testador quiso otorgar una liberalidad puramente eventual, lo cual no es posible, como vimos al ocuparnos de los legados (116).

Es, por último, evidente que las soluciones apuntadas han de entenderse propuestas con la fundamental salvedad del respeto debido a la legítima de los herederos forzosos. Tratándose de salvaguardar la legítima los remedios legales para caso de evicción y de lesión funcionan en todo caso de partición testamentaria.

(114) La analogía, sea «legis» (con respecto a la regulación concreta de la evicción), sea «iuris» (en orden a los principios que cabe extraer de la regulación de la evicción y de la lesión), me parece de indiscutible procedencia.

(115) La tesis de ALBALADEJO al sostener que debe admitirse el saneamiento por evicción en todo caso de partición testamentaria, salvo que el testador haya manifestado expresamente su voluntad contraria al saneamiento, torna inútil y carente de significado el art. 1.070. 1.º, del C. c.

(116) Si existe remanente privativo del testador, el heredero no acreditará derecho a ser resarcido con cargo a dicho remanente. El testador ha querido que cada heredero perciba, con relación a los bienes repartidos, solamente los objetos concretos que adjudicó. El remanente eventual pertenecerá a todos los herederos, y no pudiendo el perjudicado, en estos casos, ser resarcido a costa de aquéllos, es evidente que no podrá mermar la participación de los mismos en dicho remanente.

ria, sin distinciones, como establecen los artículos 1.070 y 1.075 del C. c., lo cual es perfectamente lógico dada la naturaleza de los derechos del legitimario. Paralelamente, el derecho a ser indemnizado funcionará necesariamente en el caso que nos ocupa si resulta lesionada la legítima al no poder adjudicarse íntegramente al heredero forzoso los bienes gananciales que en la partición le asignó el testador. La indemnización tendrá derecho a percibirla el legitimario en bienes de la herencia si se estima que la legítima ha de ser pagada en cuerpos hereditarios, lo cual, si no hay remanente, puede trastornar gravemente la partición realizada por el testador. A la misma solución hay que llegar, en punto al derecho del perjudicado, a ser indemnizado con bienes de la herencia, en el caso de que haya habido previa fijación de cuotas por parte del testador, y en la medida necesaria hasta que la legítima resulte cubierta.

Lo expuesto hasta aquí lo hemos dicho con referencia a la partición otorgada por el cónyuge que primero haya fallecido. Pero, ¿qué ocurre en el supuesto inverso? Como decíamos al ocuparnos de los legados esta hipótesis tiene menos interés práctico, pues lo natural es que el testador superviviente modifique su partición adaptándola a los resultados de la liquidación de la sociedad conyugal. Pero, naturalmente, hay que plantearse el problema para el caso, indudablemente posible, de que la partición no haya sido modificada.

Naturalmente no hay problema, y la partición podrá cumplirse si los bienes gananciales adjudicados por el testador a sus herederos le son a su vez adjudicados a él en la liquidación de la sociedad legal. El problema surge si al testador no se le adjudican dichos bienes o se le adjudica sólo parte de los mismos. ¿Cómo repercute ello en la partición?

La cuestión guarda notables concomitancias, aunque no quepa encontrar entre ambas una absoluta identidad, con la que suscita la hipótesis de enajenación por parte del testador de bienes incluidos en la partición por él hecha. La doctrina ha enfocado el problema planteándose la duda de si tales actos implican o no revocación de la partición. En Italia PACIFIZZI-MAZZONI se inclina por la afirmativa y RICCI por la negativa (117), mientras que otros, como BELOTTI (118) mantienen una posición intermedia a tenor de la cual el testador ha enajenado todos los bienes componentes de la cuota de un heredero, la partición debe entenderse revocada y no, en cambio, si sólo comprendió algunos, debiendo en este caso estimarse reducida la liberalidad otorgada a favor del descendiente adjudicatario de los bienes enajenados.

A mi entender, el problema, tanto en el supuesto de enajena-

(117) Cits. por BELOTTI en ob. cit., pág. 207.

(118) Ob. cit., pág. 208.

ción propiamente dicha como en el que aquí nos ocupa, es más complejo y para resolverlo creo que hay que acudir a la distinción que antes planteé entre los dos tipos o supuestos de partición testamentaria que cabe distinguir.

Si el testador fijó previamente las cuotas de reparto de su herencia entre los herederos, estimo que si luego no se le adjudican en la división todos los bienes comprendidos en el lote de uno de equéllos, podrá entenderse, si se quiere, que toda la partición queda sin efecto en virtud de una, más o menos fundada revocación tácita, pero lo que no se puede admitir es que el heredero-adjudicatario haya de conformarse con los bienes que formando parte de su lote resten a la muerte del testador si con dichos bienes no basta para cubrir su cuota. El testador ha querido, en este caso, dar a la adjudicación valor de simple pago de una cuota de la herencia cuya atribución fué la querida como fundamental. No hay razones suficientes para sostener que haya querido reducir esa atribución fundamental porque a su muerte no existan todos los bienes que componían el lote de un heredero, y esto, creo, aunque hayan salido por su voluntad de su patrimonio. ¿Habrá que estimar, pues, que la partición queda completamente sin efecto? A mi modo de ver, en contra de esta tesis, apoyada en una supuesta revocación tácita de toda la partición (de muy dudoso fundamento, a mi juicio), milita el principio, antes invocado, favorable a la subsistencia de las particiones ya realizadas. En mi opinión, pues, la posición del adjudicatario es, en estos casos, la misma que la que ostenta en el supuesto de que quien haya fallecido en primer término sea el cónyuge testador.

Si el causante no asignó cuotas de su herencia a los herederos, sino que se limitó a distribuir su patrimonio entre ellos por vía de adjudicaciones concretas, la cuestión cambia. Creo que habiendo sido el propósito del testador atribuir bienes determinados prescindiendo de que dichos bienes cubran o no una cuota previamente fijada, la falta de dichos bienes a su muerte implica la ineficacia de la disposición otorgada a favor del adjudicatario en cuanto a dichos bienes. Las razones esgrimidas para la hipótesis paralela en tema de legados son perfectamente aplicables a este caso. Naturalmente, quedarán firmes las adjudicaciones hechas a favor de los otros herederos.

B

Modalidades de las particiones hechas por los cónyuges habiendo acuerdo entre ellos

Los trastornos denunciados, que puede experimentar la partición otorgada por el testador si comprende en ella bienes pertenecientes al patrimonio común, justifican la conveniencia, para re-

ducir al mínimo la posibilidad de dichos trastornos, de un acuerdo entre los cónyuges sobre la futura liquidación y división de aquel patrimonio. El acuerdo, por otra parte, brota espontáneo en todos aquellos casos, los más frecuentes en la práctica, en que los esposos se proponen regular unitaria y conjuntamente su sucesión.

El convenio puede tener diferente alcance según los casos. Puede limitarse a la adjudicación de un bien determinado si lo que se propone uno de los cónyuges es hacer sólo una adjudicación parcial. Deberá comprender todo el patrimonio de la sociedad si cada esposo (o uno de ellos al menos) quiere hacer la partición completa de su herencia.

Cabe, desde luego, que sea sólo uno de los cónyuges el que se proponga partir, y cabe, por el contrario, que dicho propósito sea común a ambos. En esta última hipótesis, y aunque es posible que cada cónyuge quiera organizar separadamente la partición de su propia herencia, quizá lo más corriente es que los cónyuges quieran articular conjuntamente la partición de todos los bienes de la sociedad conyugal como si se tratase de un patrimonio único. Entre padres labradores, especialmente, es corriente la aspiración de que a la muerte del que primero fallezca, el sobreviviente usufructúe todo el patrimonio familiar (sin distinción entre bienes propios y bienes comunes) para que a la muerte del último ese patrimonio (también sin distinciones) se reparta de una determinada manera entre los hijos.

A la realización práctica de este deseo, sobre todo por vía estrictamente sucesoria o testamentaria, se oponen, como es sabido, obstáculos de importancia en el terreno del derecho positivo, y concretamente dentro de nuestro Código civil. Aparte de las dificultades que en sí misma encierra la posibilidad de conceder, en nuestro derecho, al viudo el usufructo de toda la herencia del premuerto habiendo herederos forzosos, de cuyo tema se ha ocupado ya la doctrina con algún detenimiento, los obstáculos surgen en otra dirección si se tiene en cuenta que en el Código no se conoce la llamada en Aragón sociedad legal continuada que el testador pueda imponer a sus herederos (cfr. art. 53 del Apéndice), ni el testamento mancomunado. Y si estos obstáculos no lo son de hecho para impedir que muchas veces se cumpla la voluntad de los testadores ello ha sido debido, en gran medida, a que en España, por fortuna, las últimas voluntades de los padres son generalmente sagradas para los hijos, sin discusiones sobre su legalidad.

Naturalmente, el dotar de cauce legal claro y eficaz a esta justa aspiración de tantos matrimonios castellanos es tarea que compete al derecho constituyente. Pero mientras tanto llegue la necesaria reforma de nuestro derecho común en este punto, es misión del jurista práctico, y muy en particular del Notario, ver si el derecho positivo vigente brinda algún camino, aunque sea indirecto, para la consecución de los fines perseguidos por los in-

teresados, cuando estos fines, como en el caso que ahora estudiamos, son moralmente irreprochables.

No es solución, a mi juicio, para conseguir esa tan común aspiración que estoy examinando, el que los padres formalicen por separado sus respectivas particiones, aunque pensando y proyectando cada uno la suya como complemento de la querida por el otro. Hay que tener en cuenta, en efecto, que el artículo 1.056 permite sólo a cada testador partir su propia herencia, y que no es posible, jurídicamente, formar una sola masa de bienes paternos y maternos constitutiva de una unidad ideal en las relaciones sucesorias y familiares sobre la cual haya de computarse indistintamente la participación de cada hijo en las herencias de su padre y de su madre. Esta concepción ético-familiar del patrimonio no tiene su paralelo en el terreno jurídico, de donde se sigue, como dice BELOTTI (119), que no se pueda consentir la sustitución de bienes en la división formalizada por los ascendientes. Otorgada por cada cónyuge la partición de su herencia, y aunque hayan calculado la cuota de cada hijo con relación a la herencia de ambos en su conjunto, los hijos heredarán sólo de cada progenitor aquello que él le haya adjudicado, y en consecuencia a esta adjudicación habrá que atender para determinar si con respecto a cada uno de los causantes ha recibido lo que le corresponde. Por otra parte las particiones testamentarias son siempre revocables en nuestro derecho positivo, pues como ha proclamado definitivamente la fundamental sentencia de 6 de marzo de 1945 las dos modalidades de la partición hecha por el testador a que se refiere el artículo 1.056 tienen naturaleza de actos «mortis causa» en lo sustancial, rechazándose la institución híbrida de la donación-partición procedente del derecho francés. Por consiguiente, si el cónyuge superviviente revoca la partición otorgada de común acuerdo con el premuerto, puede resultar alguno de los hijos gravemente perjudicado contra lo que hubiera sido la voluntad de aquel (que si le dejó menos fué en consideración a lo que el otro cónyuge le dejaba), y sin que le quepa recurso alguno mientras su legítima esté intacta.

A mi modo de ver la solución relativamente satisfactoria del problema puede encontrar su punto de partida en la posibilidad de que el testador prohíba temporalmente a sus herederos la partición de la herencia. Esta posibilidad la ofrece el artículo 1.051 del Código civil al decir que ningún coheredero está obligado a permanecer en la indivisión *a menos que el testador prohíba expresamente la división*. A mi juicio no es aplicable a esta prohibición el límite de diez años establecido por el artículo 400 al pacto de indivisión celebrado por los comuneros, ya que se trata de prohibiciones que tienen origen diferente, y, por otra parte, el C. c. al determinar en qué casos cesará la indivisión impuesta por el testador se remite a las causas de extin-

(119) Ob. cit., pag. 115

ción del contrato de sociedad. Analizadas éstas y aplicadas a nuestro caso resulta de ello que, pese a la prohibición, cada coheredero podrá pedir la cesación de la comunidad cuando ésta hubiera de tener una duración indefinida (art. 1.705 del C. c.). Pero de este mismo precepto resulta la improcedencia de tal cesación por voluntad de uno de los partícipes si la comunidad ha de tener una duración limitada, de donde se induce la posibilidad de que el testador señale un plazo de vigencia a la prohibición que impone. Y nada obsta a que este plazo coincida con la vida del cónyuge supérstite (120).

Admitida la viabilidad de lo que acabo de indicar es posible que los cónyuges otorguen sus testamentos estableciendo que a la muerte del que primero fallezca permanezca indivisa la herencia hasta el fallecimiento del otro, quien también atribuirá en bloque la suya a los herederos. Y, a mi juicio, se puede imponer, por ambos testadores, la obligación o carga a los herederos de que cuando fallezca el último de los cónyuges los bienes que entonces pertenezcan proindiviso a los sucesores, y procedentes de ambas herencias, se partan en una determinada forma.

No será esto una verdadera partición testamentaria directamente ejecutiva, lo que con tal carácter sólo puede tener lugar refiriéndose a la propia herencia. Habrá, pues, verdadera fase de indivisión tanto a la muerte del cónyuge premuerto como a la del supérstite, lo que es necesario para determinar lo que cada hijo hereda del padre y de la madre, evitando así los inconvenientes que en otro caso pueden presentarse. De la división se saldrá por la partición realizada directamente por los herederos de acuerdo con lo establecido por los testadores, sin que, a mi entender, pueda discutirse la licitud de esta carga u obligación impuesta por los testadores a sus hijos, cuya eficacia puede reforzar con sanciones impuestas al que no la cumpla (121). Naturalmente, no es

(120) No veo inconveniente en que se refuerce la prohibición de partir con una prohibición de disponer mientras la indivisión dure, que será válida mientras no afecte a la legítima y que hasta puede extenderse a la misma por el mecanismo de la cautela «socini».

El que la prohibición de partir la herencia, impuesta con base al art. 1.051 del C. c., pueda comprender también la de promover la disolución de la sociedad de gananciales, con lo cual, y si esto llegara a admitirse, cabría dar entrada en nuestro derecho a lo que en técnica jurídica aragonesa se llama *sociedad conyugal continuada*, problema éste del que, según tengo entendido, se está ocupando mi compañero D. PASCUAL LACAL, constituye una posibilidad interesante, pero de la que no puedo ocuparme aquí. Por otra parte, para asegurar en su día un reparto global de todos los bienes existentes en el matrimonio, pueden los cónyuges pactar en qué forma habrá que liquidar la sociedad, para evitar que la liquidación y división directamente realizada por los hijos pudiera frustrar los planes de los esposos. Naturalmente, los bienes correspondientes al lote del cónyuge premuerto ingresarán en su herencia y quedarán afectos a la prohibición establecida de partir la misma.

(121) No se trata de sustraer a los hijos la facultad de partir unos bienes de que son condueños, sino de imponerles la obligación de que cuando ejerciten esa facultad lo hagan en determinado sentido. Si alguno de los he-

posible evitar que el cónyuge supérstite revoque su testamento frustrando así la partición conjunta proyectada. Pero en tal caso se procederá separadamente por los herederos a la partición independiente de cada herencia. Y como entonces habrá que entender sin efecto la obligación impuesta por el premuerto y relativa a la división conjunta de las dos masas de bienes (lo que pueden preveer expresamente los cónyuges en su testamento), ello evita que ningún hijo pueda resultar perjudicado contra la voluntad real de alguno de sus padres.

El hecho, sin embargo, de que nuestras leyes no ofrezcan un medio directo y seguro para la consecución, por vía sucesoria, de estas frecuentes aspiraciones de los conyuges, explica y justifica que éstos, para el logro de aquellos fines, suelen acudir al expediente de la donación con reserva de usufructo (122).

Si la donación, como es lo más corriente en estos casos, abarca todo o casi todo el patrimonio de los donantes, no es aconsejable hacerla siempre donando directa e inmediatamente a cada hijo los bienes que los padres quieran asignarle, ya que haciéndolo así puede ocurrir que aunque cada hijo reciba, con relación a la totalidad de los bienes donados, un valor igual o aproximado al que reciban los demás, perciba, en cambio, mucho con respecto al patrimonio paterno y muy poco del materno o viceversa, lo que puede ocasionar serios trastornos si uno de los hijos, que en realidad ha adquirido lo mismo que los otros en relación con el conjunto de bienes donados, prueba que ha percibido, con relación a la herencia de alguno de sus padres, menos de lo que por legítima le corresponda.

Para evitar este riesgo, y cuando dada la procedencia de los bienes y la forma de hacer el reparto el riesgo exista realmente, creemos lo más conveniente es hacer donación proindiviso de todos los bienes imponiendo los donantes a los donatarios la obligación de partir los bienes en una determinada forma, obligación cuyo cumplimiento no puede suscitar dificultades en la práctica, ya que nada impide que la donación y la subsiguiente división se otorguen la una a continuación de la otra.

No se ven grandes obstáculos que se opongan a esta solución. No se puede decir, y en esto disiento de la opinión de TEDESCHI (123), que de la misma forma que no cabe, transmitiendo la propiedad, reservarse la facultad de disponer de los bienes transmitidos, tampoco se puede reservar el transmitente la potestad

rederos no quiere cumplir esta obligación, es dudoso que pueda imponerse por los demás la partición prevista por los testadores; pero, a mi juicio, será indiscutible la procedencia de la sanción que aquéllos pueden haber establecido para este supuesto.

(122) Es dudosa la estricta legalidad de la fórmula por la cual los cónyuges se reserven el usufructo conjunto de los bienes donados. El problema, que roza el tema de las donaciones entre cónyuges (¿donación «mortis causa»?), tiene enjundia suficiente para justificar por sí solo un detenido estudio, que no cabe, naturalmente, en este lugar.

(123) Ob. cit., pág. 3.

de dividir los bienes atribuidos colectivamente a varias personas. Contra esta afirmación de TEDESCHI, aplicada a la solución que hemos propuesto, hay que oponer: Que no es cierto que en nuestro derecho no sea posible reservarse la facultad de disponer de bienes cuya propiedad se ha transmitido, ya que el artículo 639 establece que el donante, precisamente, puede reservarse la facultad de disponer de alguno de los bienes donados, siendo también admitido entre nosotros por la jurisprudencia y la doctrina que la facultad de disponer no pertenezca al titular del dominio, como sucede en el caso del llamado usufructo de disposición. Que implica una restricción mucho menos grave para el adquirente el que el transmitente asuma la facultad de partir que el que se reserve la de disponer, por lo que el paralelismo que TEDESCHI pretende establecer no resulta completamente exacto. Que no se trata, en la solución que hemos apuntado, de excluir de los donatarios la facultad de partir. Los adquirentes, que serán siempre los que partan, podrán partir o no, únicamente asumen la obligación, si parten, de hacerlo de acuerdo con lo establecido por los donantes. Que no hay inconveniente en que éstos establezcan sanciones para el supuesto de incumplimiento e incluso sometan la donación a condición resolutoria para dicho supuesto, toda vez que con ello no se vulnera ningún precepto legal, y, además, el artículo 641 permite que pueda establecer el donante la revisión a su favor de las cosas donadas para cualquier caso y circunstancia. Todas estas razones son, a mi juicio, más que suficientes para sostener la firmeza de la partición que los donatarios realicen cumpliendo la voluntad de los donantes, y la absoluta improcedencia de impugnar aquélla, en base al supuesto carácter antijurídico de la obligación en tal sentido impuesta por los disponentes (124). Finalmente, tampoco puede pensarse que el reparto por vía de donación, en la forma que indicamos, implique dar carta de naturaleza a la famosa partición «démision», o partición-donación del derecho francés e italiano (anterior al nuevo Código), y cuya institución rechaza la ya citada sentencia de 6 de marzo de 1945. La partición del ascendiente, realizada por acto entre vivos, y característica del derecho francés e italiano, es un instituto híbrido que, aunque participa de la naturaleza de las donaciones (125), se halla íntimamente ligada con la sucesión hereditaria que le sirve de causa, según frase de la calendada sentencia. Sólo aceptando la causa sucesoria del acto puede explicarse, como dice BELOTTI (126), que la donación-partición sea enteramente nula si es preterido un hijo.

(124) Quedan a disposición de los comuneros los recursos legales correspondientes en los casos de evicción, de lesión o de vicios ocultos. Es indiscutible, a mi juicio, la improcedencia de aplicar a este supuesto los arts. 1.070 y 1.075 del C. c., que son, lógicamente, de interpretación restrictiva. Además de que en este caso hay, necesariamente, fijación previa de cuotas.

(125) Es irrevocable en el C. c. francés, que invocó un tanto las directrices del antiguo derecho en esta materia.

(126) Ob. cit., pág. 57.

Y, lógicamente, como sostiene el citado autor (127), admitido el íntimo enlace entre la partición «inter vivos» y la sucesión, debe concluirse que la eficacia de aquélla debe depender, en definitiva, de que los donatarios-herederos acepten la herencia del donante-causante (128).

El que esta institución híbrida no sea conocida por nuestro derecho, no quiere decir que por vía de donación no puedan los padres repartir su patrimonio en vida entre los hijos. Como dice CICU (129), al comentar el sistema del nuevo Código civil italiano, que ha proscrito la división «inter vivos» del antiguo derecho, la nueva legislación no impide que el ascendiente pueda hacer hoy lo que podía hacer antes: donar sus bienes a los descendientes repartiéndolos entre ellos. Lo que pasa es que se trata de donaciones comunes sin más nexo con el derecho hereditario que el que une a todas las donaciones con la sucesión del donante. Estimamos posible que en lugar de donar a cada hijo bienes completos se donen participaciones indivisas a los mismos, creándose una comunidad transitoria, que habrá de cesar por la división que los hijos realicen de acuerdo con la voluntad de sus padres. No hay finalidad sucesoria (en el sentido técnico de causa del acto) ni en la donación, que despoja actual e irrevocablemente a los donantes de los bienes donados, ni en la división subsiguiente de dichos bienes, enteramente independiente, también, de la muerte de aquéllos, con efectos inmediatos, y distinta en absoluto de la que haya de practicarse en su día, cuando los donantes mueran, y respecto de los bienes que entonces dejen. En consecuencia, ninguna especialidad presentan estas donaciones que pueda hacerlas rechazables. Ni la omisión en ellas de un descendiente podrá anularlas (y si sólo cabrá pedir su reducción por inoficiosas cuando proceda), ni es posible entender que las mismas queden sin efecto respecto del aquel hijo que repudie la herencia del donante, ni escapan al deber de colación, como, en cambio, estimaba la doctrina italiana, en orden a los bienes incluidos en la división «inter vivos». No puede entenderse, tampoco, que para fijar la lesión padecida por uno de los donatarios haya que esperar a la muerte de los donantes, valorando en ese momento los bienes donados, como sostiene para la «donation partage» la jurisprudencia francesa. La rescisión por lesión y las acciones correspondientes en caso de evicción y de vicios ocultos, procederán como en todo caso de división, ya que no hay razón para aplicar esos recursos nada más que a las particiones hereditarias. Dichos recursos podrán ejercitarse en cualquier tiempo (mientras no hayan prescrito las respectivas acciones), siempre con relación al momento

(127) Ob. cit., págs. 67 y sigs.

(128) Para un examen de las distintas teorías expuestas en torno a la naturaleza jurídica de la donación partición, cfr. la citada obra de BELORRI, páginas 46 y sigs.

(129) «La divisione ereditaria», Milán, Giuffrè, 1947, pág. 91

en que se efectuó la división, y en base, exclusivamente, a las cuotas que sobre los bienes divididos correspondan, respectivamente, a los donatarios.

En suma, pues, si la viabilidad de una donación de bienes pro indiviso de los padres a los hijos, con reparto subsiguiente acordado libremente por éstos, es indiscutible, no hay razones suficientes para entender lo contrario, por el hecho de que aquella división la lleven a efecto los hijos, de acuerdo con la voluntad de sus padres y cumpliendo lo establecido por ellos.

Y, con lo expuesto, concluyo. Una más detenida consideración de estos problemas me llevaría fuera, por completo, de los que es objeto de este trabajo. Su interés, extraordinariamente vivo y actual, merece, por otra parte, un estudio minucioso y detenido que brindo a los que, con más capacidad, quieran abordarlo.