

Las facultades de disposición «mortis causa» de bienes gananciales

Por ANTONIO ORTI VALLEJO

Profesor titular de Derecho civil

SUMARIO.—INTRODUCCION.—I. ALCANCE Y SIGNIFICADO DEL ARTICULO 1.379 DEL CODIGO CIVIL.—1. *Conexión del precepto con el artículo 1.380 y con otras normas del Código.*—2. *El artículo 1.379, como precepto permisivo y restrictivo de derechos.*—a) Objeto y naturaleza jurídica de la facultad que concede.—b) El ámbito de lo prohibido por el artículo 1.379. Fundamento.—c) Particular atención a la partición verificada por el propio testador.—d) ¿Es posible la partición de los bienes gananciales realizada conjuntamente por ambos cónyuges?—II. SOLUCIONES ALTERNATIVAS.—1. *Liquiación de la sociedad de gananciales en vida, para que produzca efectos a la muerte del que primero fallezca. Posibilidad de la partición conjunta o combinada de ambos cónyuges.*—2. *Delegación de la facultad de hacer la partición al cónyuge viudo.*—III. EL ARTICULO 1.380 DEL CODIGO CIVIL: EL LEGADO DE COSA GANANCIAL.—1. *Carácter y fundamento de la norma.*—2. *Ambito de aplicación.*—a) Los tipos de actos de disposición que el precepto abarca.—b) Los límites de eficacia de la facultad de disponer en concreto de bienes gananciales, en relación con el ámbito de la prohibición del artículo 1.379.—c) Consecuencias de la transgresión de los límites de eficacia de la disposición de bienes gananciales.—d) Otros aspectos delimitadores del artículo 1.380.—3. *Hipótesis especiales de legado de cosa ganancial.*—a) Legado a favor del otro cónyuge.—b) Hipótesis anómalas de pervivencia u ordenación del legado después de extinguida la comunidad.—c) Legado ordenado por ambos cónyuges.—d) Legado o atribución de cosa ganancial en pago de la legítima.

INTRODUCCION

La normativa del régimen matrimonial de la sociedad de gananciales que, como es sabido, proviene en su redacción actual de la reforma del Código civil operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo,

dedica dos preceptos, los artículos 1.379 y 1.380, a regular los poderes dispositivos *mortis causa* de los cónyuges sobre los bienes comunes. Nos ha parecido interesante abordar un estudio de este tema ante los abundantes problemas que plantea la sucesión de los cónyuges casados bajo el régimen de gananciales, cuya trascendencia es obvia por ser el régimen matrimonial más común en España.

En cuanto a la perspectiva de estudio, hemos tratado de interrelacionar lo más posible los dos preceptos reguladores del tema. No obstante, hay que advertir que los artículos 1.379 y 1.380 se sustraen en su mayor parte a ser estudiados de manera unitaria, requieren un tratamiento separado, puesto que cada uno de ellos suscitan problemas específicos dentro de su respectiva órbita.

En efecto, en lo que atañe al artículo 1.379, su ámbito de aplicación nos lleva directamente a la problemática que se plantea en materia testamentaria a los cónyuges casados bajo el régimen de gananciales, en razón a los profundos límites que éste y otros preceptos concordantes de nuestro sistema sucesorio, imponen a los cónyuges para poder distribuir (partir) sus bienes entre los hijos. En el régimen matrimonial de la sociedad de gananciales, los cónyuges están imposibilitados para establecer una mínima distribución entre sus hijos de los bienes comunes, no ya unilateralmente, que sí resulta obvia la prohibición, sino tampoco coordinadamente entre ambos cónyuges, con el consiguiente problema para aquellas familias en las que el patrimonio de los cónyuges es fundamentalmente ganancial, como es habitual en las clases medias. Pero tales límites no sólo afectan al patrimonio de naturaleza ganancial. Indirectamente, también se ven afectados los bienes privativos y con ellos todo el patrimonio familiar, pues si bien, de Derecho, cada cónyuge goza de libertad para poder partir su caudal privativo, de *facto* se verán imposibilitados de acometer una correcta distribución de estos bienes entre los hijos, al no poder tomar en consideración la distribución del resto de los bienes de la familia, los gananciales y los privativos del otro cónyuge. Este panorama legal contrasta con la realidad práctica, en la que es muy frecuente el deseo de los cónyuges de querer determinar de consuno el destino de su patrimonio para después de su muerte y, de hecho, es habitual que testen coordinadamente, aunque en instrumentos separados o se vean forzados a utilizar el vehículo de la donación, no siempre deseable, e, incluso, acudan a fórmulas que, si no fuera por la voluntad favorable de los hijos de respetar la voluntad de sus padres, podrían encontrar una fácil impugnación.

Desde este planteamiento y en lo concerniente al artículo 1.379, el objetivo de estas páginas es reflexionar sobre el contenido y ámbito de los límites que establece esta primera norma reguladora de las facultades de disposición *mortis causa* de bienes gananciales, e intentar

ofrecer posibles soluciones y alternativas que, dentro del sistema sucesorio del Código civil, faciliten mayores posibilidades en este campo y ayuden a paliar las dificultades que existen para que los cónyuges puedan coordinar su sucesión. Estas soluciones y alternativas vienen de la mano de las reformas del Código que se han producido en los últimos años, las cuales, si bien no abren espectaculares vías en este aspecto, al menos introducen novedades muy a tener en cuenta. Son, señaladamente, la posibilidad de modificar y disolver en vida de ambos cónyuges la sociedad de gananciales, lo que facultaría para poder testar y disponer en concreto de los bienes de ese carácter y la nueva regulación de la delegación de la facultad de hacer la partición, como instrumento que ofrece nuevas perspectivas en orden a una mejor distribución de todo el patrimonio familiar.

En lo que respecta al artículo 1.380, que regula el legado de cosa ganancial, esta norma constituye una importante novedad en nuestro Derecho, en tanto que resuelve una tradicional laguna legal de que adolecía nuestro Código. El supuesto de legado de cosa ganancial fue objeto de atención por la doctrina española anterior a la reforma (1), destacando el estudio de Manuel de la Cámara (2), que realizó un meritorio esfuerzo para llenar el vacío legal y cuyas aportaciones han pesado, sin duda, en el legislador (3). Actualmente, el legado de cosa ganancial sigue planteando interrogantes, algunos antiguos, no resueltos por el precepto en cuestión, otros nuevos, derivados de la redacción que ha recibido la nueva norma, sobre los que nos proponemos reflexionar en este trabajo.

I. ALCANCE Y SIGNIFICADO DEL ARTICULO 1.379 DEL CODIGO CIVIL

El artículo 1.379 establece que «cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales». Su antecedente más próximo está en el anterior artículo 1.414, vigente

(1) GAYOSO ARIAS, *Legado de bienes determinados de la sociedad de gananciales ordenado por uno de los cónyuges*, en «RDP», 1919, pp. 164 y ss. ESCRIBA DE ROMANI, *Impugnación de actos realizados por el marido sobre bienes gananciales en fraude de la mujer*, en «ADC», 1956, pp. 770 y ss. COSSÍO Y CORRAL, *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, T. 50, vol. I, «La Sociedad de Gananciales», Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, pp. 202 y ss. También DÍAZ CRUZ, *Los legados*, Ed. Reus, Madrid, 1951, pp. 209 y ss.

(2) DE LA CÁMARA, *El legado de cosa ganancial*, en «ADC», 1952, pp. 467 y ss.

(3) Así lo expresa JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XVIII, vol. II, EDESA, Madrid, 1984, p. 372), cuando afirma que las soluciones de Cámara han sido acogidas por el legislador. En nuestra opinión, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, no parece que el art. 1.380 haya acogido por entero la solución que Cámara propuso para el legado de cosa ganancial.

antes de la reforma del 81, que decía que «el marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales», precepto que, a su vez, procedía del proyecto de Código de 1851 que en el artículo 1.355 contenía igual disciplina. Fuera de ello, según afirman los comentaristas (4), la norma carece de precedentes en el Derecho histórico español.

En efecto, todo parece indicar que el origen del precepto se encuentra exclusivamente en el Código Napoleón, que en su artículo 1.423.1.º incluía una regla similar que disponía que «la donación testamentaria hecha por el marido no puede exceder de su parte en la comunidad», regla que actualmente tiene otra formulación operada en virtud de la Ley de 13 de julio de 1965, que modificó los regímenes matrimoniales en Francia (5). Según nos explica la doctrina francesa, la norma deriva de los antiguos autores y en concreto de Pothier (6).

Obsérvese que, si como queda expuesto, la regla del artículo 1.379 de nuestro Código deriva del francés, no deja de ser sorprendente que, en cambio, no se tomara todo el artículo 1.423 del Código Napoleón y, en concreto, el párrafo 2.º, que regulaba el legado de cosa ganancial (7).

(4) *Vid.* SCAEVOLA, *Código civil*, T. XXII, Reus, Madrid, 1967, p. 647, el cual tan sólo se refiere a la Ley 14 de Toro, en la que se dispuso que, una vez disuelto el matrimonio, aunque casase la mujer o el marido por segunda vez, pudiese disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primer matrimonio, sin tener que reservarlos en favor de los hijos habidos en el mismo. También MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, T. IX, Reus, Madrid, 1969, p. 776, que afirma que pese a que algunos autores han señalado las leyes 6 y 8 del título IV, libro X, de la Novísima Recopilación como precedentes del art. 1.414, son en realidad completamente extrañas al mismo. La Ley 6, continúa Manresa, permite disponer al viudo de sus ganancias, sin obligación de reservarlos en caso de contraer segundo matrimonio y la Ley 8 dispone que si el marido hace un legado a su mujer no se le descuenta de sus ganancias, sino que cobre íntegramente la mitad de éstas y, además, su legado.

(5) Actualmente el art. 1.423 del Código civil francés reza así:

«El legado hecho por el marido no puede exceder de su parte en la comunidad.

Si ha legado un efecto de la comunidad, el legatario sólo puede reclamarlo en tanto que el efecto, a consecuencia de la partición, resulte adjudicado al lote de los herederos del marido; si el efecto no se adjudica al lote de estos herederos, el legatario tiene la recompensa del valor total del efecto legado, sobre la parte de los herederos del marido en la comunidad y sobre los bienes personales de este último.»

(6) LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, T. XXII, París, 1876, p. 42. COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, T. VI, «De los Regímenes Matrimoniales», Ed. Reus, Madrid, 1949, p. 282.

(7) El texto primitivo del art. 1.423 del Código Napoleón decía lo siguiente:

«La donación testamentaria hecha por el marido no puede exceder de su parte en la comunidad.

Si lega en esa forma un efecto de la comunidad, el donatario no la puede reclamar a no ser que el efecto, a consecuencia de la partición, forme parte del lote de los herederos del marido; si el efecto no se incluye en el lote de estos herederos, el legatario tiene la recompensa del valor total del efecto donado, sobre la parte de los herederos del marido en la comunidad y sobre los bienes de este último.»

La reforma del 81, entre cuyas bases estaba la equiparación de los derechos entre los sexos impuesta por mandato constitucional (art. 14 de la CE), es obvio que no pudiera mantener la anterior regulación y extendiera a ambos cónyuges la facultad de disposición *mortis causa* que antes estaba señalada legalmente sólo para el marido. Esto no quiere decir que en el sistema anterior a la reforma, pese a que el artículo 1.414 se refiriese exclusivamente al marido, no gozase también la mujer de esta facultad. En este aspecto, la doctrina anterior a la reforma, no dudaba en afirmar igual poder de disposición a la mujer, pese a que la norma no se refiriese a ella (8). La razón de la falta de alusión a la misma en el precepto, obedecía, según Scaevola, a que el artículo 1.414 constituía una excepción a lo dispuesto en el artículo 1.413 (norma en la que se establecían las facultades de disposición *inter vivos* sobre los bienes gananciales, que sólo tenía el marido en el sistema anterior), de suerte que el artículo 1.414, y ése era el sentido de su existencia, venía a evitar que pudiera entenderse que el marido gozase de igual libertad dispositiva en materia de actos *mortis causa* (9). En contra de la opinión expuesta, un sector de la doctrina anterior a la reforma, juzgaba el artículo 1.414 como un precepto innecesario que consagraba una regla tan obvia, que resultaría del Código aunque no hubiese sido formulada expresamente (10).

Esta explicación de Scaevola servía para dar una certera justificación a la norma que comentamos durante la vigencia de la anterior regulación, pero actualmente, tras la reforma, carecería de virtualidad para explicar el sentido y la subsistencia de similar regla en el artículo 1.379, puesto que ni el marido tiene por sí solo facultades de disposición sobre la comunidad de gananciales, ni el precepto se limita a aludir, como antes, solamente al mismo. Por tanto, el sentido del mismo y su existencia actual hay que investigarlo sobre nuevas bases y, fundamentalmente, como vamos a ver, en relación con la norma contenida en el artículo 1.380, que claramente está en concordancia con la que le precede y en relación también con otros preceptos de la regulación del régimen matrimonial de gananciales y, sobre todo, del Derecho sucesorio.

(8) SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 649. En el mismo sentido, CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, T. II, edición revisada por Cossío y Gullón, Madrid, 1959, p. 560.

(9) SCAEVOLA, *op. cit. y loc. cit.*

(10) Así se expresaba PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. IV, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1970, p. 273. En el mismo sentido, CLEMENTE DE DIEGO, *op. cit. y loc. cit.*; ESPÍN CANOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. IV, Familia, 4.ª ed., EDERSA, Madrid, 1972, y SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, en «Derecho de Familia», T. V, vol. I, Madrid, 1912, p. 844.

1. Conexión del precepto con el artículo 1.380 y con otras normas del Código

El artículo 1.380 dice textualmente: «La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.»

Si se examinan conjuntamente los artículos 1.379 y 1.380, se observa que, el primero de ellos, limita con carácter general, las facultades de disposición *mortis causa* de cada una de los cónyuges sobre los bienes gananciales, admitiendo solamente, en expresión de Díez Picazo y Gullón (11), las que tengan un ámbito patrimonial global o abstracto, mientras que el artículo 1.380, sin duda, a modo de excepción respecto al anterior, admite la posibilidad de disponer de algún bien ganancial, aunque su eficacia quede supeditada en los términos que señala y que por ahora no interesan. Es decir, en una primera aproximación a la *ratio legis* que preside el sentido de estos preceptos reguladores de los actos de disposición *mortis causa* sobre bienes gananciales, el artículo 1.379 vendría a establecer la regla general de contenido limitativo de aquéllas, ya veremos en qué sentido, y el artículo 1.380 la excepción, en virtud de la cual se concede eficacia a la disposición concreta de alguno de los bienes gananciales.

En el ámbito del régimen matrimonial de la sociedad de gananciales, es claro que la facultad que establece el artículo 1.379 se contrapone a la regla general en materia de actos de disposición sobre estos bienes, contenida en los artículos 1.377 y 1.322, que al exigir el consentimiento de ambos cónyuges, está prohibiendo los actos unilaterales de disposición sobre los bienes de la comunidad. Dado que estas normas no establecen distinción entre actos de disposición *inter vivos* y *mortis causa*, en principio, no parece superflua la existencia de una norma como la que nos ocupa, que establezca la posibilidad de realizar actos de disposición *mortis causa* recayente sobre tales bienes. Sin embargo, en el marco del Derecho de sucesiones, el artículo 1.379 resulta de lo más obvio, puesto que nuestro sistema sucesorio, no admite los actos de disposición *mortis causa* conjuntos (artículo 669). O sea, de no existir el artículo 1.379, sería necesario un esfuerzo interpretativo para salvar esa contradicción entre la reglamentación de las sucesiones que no admite la testamentifacción mancomunada y la normativa del régimen económico de gananciales que sólo admite los actos de disposición conjuntos de ambos cónyuges.

Ya hemos puesto de relieve que un sector de la doctrina anterior a la reforma (12), juzgaba innecesaria la existencia de una norma co-

(11) DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1986, p. 253. Vid. también de DÍEZ PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, p. 1766.

(12) Vid. autores cit. *supra* nota 4.

mo el actual artículo 1.379. En nuestra opinión, junto a lo dicho, tampoco parece que esté de más la previsión legislativa del precepto en cuestión, si tenemos en cuenta que, tal como lo expresa el artículo 667, el testamento es un acto de disposición de los propios bienes y en este aspecto cabría la duda sobre si se podría disponer de unos bienes como los gananciales, en los que los titulares no ostentan cuotas y, por ende, no podrían disponer de derecho individual alguno. Ciertamente que podría pensarse que el precepto está sobreentendido teniendo en cuenta que el acto de disposición testamentario, por esencia, sólo surte efectos después de la muerte del disponente, es decir, en lo que a nosotros nos interesa, surtiría efectos en un momento en que por obra de la Ley (artículo 1.392.1.º, en relación con el 85), habría cesado la comunidad de gananciales y, por tanto, recaería sobre bienes que en ese momento han dejado de estar sometidos a ese especial régimen. Aun así, consideramos que, en teoría, el precepto no es una norma supérflua, aunque puede que lo sea tal como el legislador lo ha redactado.

3. El artículo 1.379, como precepto permisivo y restrictivo de derechos

Díez Picazo afirma que aunque el artículo 1.379 está formulado en forma positiva, tiene, al igual que el antiguo artículo 1.414, un sentido negativo, el de limitar los poderes del testador en un determinado sentido (13). Y, en efecto, la norma tiene una función limitativa o restrictiva de derechos, pero también tiene un contenido positivo según lo dicho. Desde esta perspectiva, parece lo más adecuado fijar primero lo que permite y luego, por exclusión, determinar lo que prohíbe.

b) Objeto y naturaleza jurídica de la facultad que concede

Para determinar la naturaleza y caracteres de la facultad que el artículo 1.379 concede a cada uno de los cónyuges, nos parece conveniente precisar antes cuál es el objeto sobre el que recae el acto dispositivo, es decir, a que se refiere con la expresión «su mitad de bienes gananciales». En este punto, no existe la menor duda entre los autores sobre lo incorrecto de la dicción del precepto que se arrastra del antiguo artículo 1.414. Sin duda, la expresión demuestra el anclaje en los esquemas de la comunidad romana o comunidad por cuotas, en la que no se concebía ser cotitular de un patrimonio, como acontece con la comunidad de gananciales, hasta el punto de ser asimilada

(13) Díez PICAZO, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, op. cit. y loc. cit.

por la doctrina a la llamada comunidad de tipo «germánico» o en «mano común», en la que, ni se tiene derecho a la mitad de cada uno de los bienes que forman la masa, ni se es titular de una cuota como derecho individualizado sobre todo el patrimonio. El legislador de la reforma podía haber aprovechado la ocasión y dar una redacción más precisa el precepto.

Como dice de los Mozos, la confusión a que podía prestarse con esta forma de expresarse se adviera con la obligada remisión al artículo 1.344, del que se deduce que no es de la mitad de los gananciales de lo que puede disponer, sino de su parte en el patrimonio, que es la mitad de lo que se le corresponda a su liquidación (14). En un sentido parecido se manifiesta Giménez Duart al afirmar que no es cierto, pese a la dicción legal, que los cónyuges puedan disponer de una mitad, sino de aquello que en su momento se les adjudique en la liquidación (15). Por su parte, Albaladejo, se expresa en estos términos: «Se trata de una disposición anticipada de la parte de bienes que vengan después a corresponder al cónyuge que sea» (16); o, como decía Scaevola en el ámbito de la anterior regulación, de una disposición de futuros bienes propios (17).

En consecuencia, si es sólo de la parte que le corresponda de lo que puede disponer, es claro que lo que el precepto está permitiendo es la disposición testamentaria indeterminada y sin concretar los bienes que resulten adjudicados. En otras palabras, el único acto *mortis causa* que el cónyuge casado bajo el régimen de gananciales puede hacer respecto a éstos, salvo la excepción del artículo 1.380, se limita a la posibilidad de hacer testamento y, dentro de éste, señalar solamente el beneficiario de la parte de bienes que se le adjudiquen en la comunidad, y si son varios los beneficiarios, las cuotas que a cada uno correspondan en esos bienes. Con ello, estamos ya en condiciones de averiguar qué tipo de actos quiere prohibir.

b) *El ámbito de lo prohibido por el artículo 1.379. Fundamento*

El ámbito de lo prohibido por el artículo 1.379, puesto que se trata de una prohibición implícita, ha de determinarse por exclusión, como ya dijimos.

En primer lugar, por oposición a lo que permite el precepto mismo, es obvio, que la prohibición se referirá a todos aquellos actos

(14) DE LOS MOZOS, *cit.*, p. 372.

(15) GIMÉNEZ DUART, *La gestión de la comunidad de gananciales*, en «ADC», 1982, p. 580.

(16) ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, IV, «Derecho de Familia», 2.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 185.

(17) SCAEVOLA, *Código...*, *cit.*, p. 649.

mortis causa, en virtud de los cuales un cónyuge disponga, asigne o adjudique, individualizadamente, bienes gananciales. Este carácter individual del acto conduce sin dificultad alguna a considerar que la transgresión de la norma podría llevarse a cabo, tanto por la vía de los legados, como también adjudicando a los herederos bienes gananciales por la vía del artículo 1.056.1.º del Código civil, que es la hipótesis que con mayor frecuencia se da en la práctica y que se produce cuando el testador, al hacer la partición de sus bienes privativos, incluye en ella y adjudica también bienes gananciales. En última instancia, también, habrá de considerarse prohibido por el artículo 1.379, el nombramiento de herederos *ex re certa* en bienes de la sociedad de gananciales, suponiendo, por ahora, que esta figura tenga sustantividad propia en nuestro Derecho. Cualquiera de las posibilidades señaladas, por muy distintas que sean técnicamente, conducen a idéntico resultado de disponer concreta e individualizadamente de un bien o derecho.

En segundo lugar, junto a ese primer elemento definidor de la prohibición implícita en el artículo 1.379, es necesario para precisar su alcance, relacionar el precepto con lo dispuesto en el artículo 1.380. Ya sabemos, que este otro precepto, excepcionalmente, permite la disposición concreta de un bien ganancial, y siendo así, puesto que la prohibición implícita en el artículo 1.379, según acabamos de decir, también afecta a las disposiciones concretas, todo radica en conciliar estos dos preceptos deliberadamente contradictorios. En otros términos, la cuestión que se plantearía, sería la de precisar, donde termina la posibilidad de disponer en concreto de bienes gananciales que concede el artículo 1.380 y comienza la prohibición de 1.379. Esto comporta tener que adentrarnos en una de las cuestiones más problemáticas que plantea el artículo 1.380 y que, por ello, parece más adecuado abordar al estudiar este precepto en concreto, a cuyo lugar nos remitimos. El estudio que aquí haremos, será sobre la base de considerar que lo que no permite el artículo 1.379, son las disposiciones concretas que se extiendan a la totalidad del patrimonio ganancial, cualquiera que sea la vía que se utilice para ello.

Veamos ahora cuál es el fundamento de la prohibición que nos ocupa. En relación a ello, hemos de referir, por la incidencia que ha tenido entre los autores y en el Tribunal Supremo, la doctrina que estableciera la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 18 de diciembre de 1916, recaída en un supuesto de partición en la que se incluyeron bienes gananciales: «Si bien conforme a los términos del artículo 1.056 del Código civil, cuando el testador hiciese por actos entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique a los herederos forzosos, es necesario, para dar efectividad a tales disposiciones, que los bienes distribuidos sean propios del causante, es decir, estén en su disponibilidad, pues, de otro modo, las facultades conce-

didadas al mismo para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio, se harían extensivas a derechos ajenos con el pretexto de hallarse íntimamente ligados a los suyos...»

El Tribunal Supremo en doctrina sentada con anterioridad a la reforma, que sigue siendo enteramente aplicable en la actualidad, estableció la nulidad de la partición cuando ésta recayese sobre bienes gananciales. Así en la sentencia de 12 de diciembre de 1959 (Ar. 4.499), el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de instancia que había declarado la nulidad de la partición efectuada por la testadora, al haber incluido en ella bienes privativos del marido premuerto y bienes gananciales de la comunidad todavía no liquidada. La sentencia de 20 de mayo de 1965 (Ar. 2.602), en otro supuesto de partición de bienes gananciales, se adhirió de manera expresa y transcribió, la doctrina sentada por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado antes referida. Igual hay que decir de la sentencia de 17 de mayo de 1974 (Ar. 2.068), en otro supuesto de partición en la que se habían incluido bienes gananciales. Por último, en la sentencia de 3 de marzo de 1980 (Ar. 1.016), en un caso de partición recayente sobre bienes gananciales de la comunidad no liquidada, nuestro más alto Tribunal vino a reiterar la doctrina de la resolución repetida y añadió: «...la partición así efectuada es nula con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.414 según el cual el testador no puede disponer en testamento más que de su mitad de gananciales y no habiéndose liquidado la sociedad de gananciales es evidente que la testadora dispuso de aquellos que no le pertenecían...».

A tenor de la doctrina expuesta, la implícita prohibición del artículo 1.379 del Código civil, se extrae relacionando el precepto con otros de la materia sucesoria, que son, según se ha visto, el artículo 659, en cuanto limita la sucesión de una persona a sus propios bienes, derechos y obligaciones y el artículo 1.056, relativo a la partición realizada por el propio testador, que como el mismo artículo expresa, debe limitarse a sus propios bienes. Pues bien, como los bienes gananciales mientras la comunidad dura están sustraídos a la disponibilidad unilateral de los cónyuges y sólo se puede hablar de propiedad exclusiva de cada uno de ellos cuando se adjudiquen, previa la disolución y liquidación, aunque en puridad los bienes no sean ajenos, tampoco son exclusivamente propios, y nunca puede determinarse unilateralmente el destino particularizado de ellos, porque, de admitir estos actos, el resultado sería que se habría dispuesto de bienes que, eventualmente, podría ser adjudicados al otro cónyuge y que resultarían ser de su exclusiva propiedad, es decir, se reputarían válidos unos actos de disposición sobre el patrimonio de otro.

c) *Particular atención a la partición verificada por el propio testador*

Como ya se ha podido comprobar por los casos examinados, la partición por el propio testador del artículo 1.056.1.º del Código civil tiene una importancia capital para el tema que tratamos, pues aquí confluyen los problemas y las cuestiones que suscita el artículo 1.379. Ello nos obliga a detenernos en su estudio, con objeto de delimitar adecuadamente esta clase de partición del testamento, teniendo en cuenta la frecuencia con que se funden y confunden ambas cosas en la práctica y, sobre todo, en la distinción, si es que existe, entre la partición del testador y la *instituta ex re certa*, que según hemos afirmado puede ser otro vehículo junto con el legado para vulnerar el artículo 1.379. En última instancia, la partición por el testador interesa estudiarla en su relación con el legado.

Es significativo constatar que la mayoría de los autores se resisten a dar un concepto de partición por el propio testador, demostrativo de la dificultad que existe para encasillar esta institución en la dogmática del Derecho de sucesiones. El principal obstáculo reside en que, realmente, no constituye una verdadera partición, puesto que falta el *prius* para que pueda hablarse de tal, que es la existencia de una comunidad entre los herederos, siendo de observar a este respecto, que, precisamente, lo que el causante quiere cuando usa de esta facultad, es la evitación de tal comunidad. En base a este argumento, un sector no muy numeroso de la doctrina excluye que pueda hablarse de verdadera partición, postura que llevaría a la insólita consecuencia de asimilar este tipo de atribución a los legados, en los que el efecto es el mismo: adjudicación concreta de bienes. Sin embargo, por la misma razón, también en cuanto a sus efectos, la consecuencia que produce la partición por el testador es similar a la de las demás clases de particiones, que es la de la adjudicación de bienes concretos.

Esta es la postura que sigue la doctrina mayoritaria, que entiende que, mientras el testamento es un acto de disposición, la partición por el testador es un acto de distribución, ejecución o división. En este sentido, Sánchez Román enseña que la partición de la herencia es un acto de última voluntad de mera ejecución, frente al testamento, que es el acto de disposición en el que aquél se apoya (18). Clemente de Diego, la califica de pura y simple división hereditaria por la que se adjudican en concreto a los sucesores las partes o cosas del caudal relicto que se les dejara (19). Albaladejo destaca que frente al acto dispositivo en el que el causante fija la porción hereditaria

(18) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, en «Derecho de Sucesiones», T. VI, vol. III, 2.ª ed., Madrid, 1910, pp. 1986 y 1989.

(19) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil...*, cit., p. 444, y del mismo autor, *Dictámenes jurídicos*, T. III, «Sucesiones», Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 614.

de cada heredero, la partición determina los bienes con que se satisfará a cada cual (20).

Por su parte De los Mozos, saliendo al paso de la opinión que niega el carácter de verdadera partición a la verificada por el propio testador y que entiende que se trata de simples llamamientos a título singular y con objeto de reivindicar el carácter de herederos que tienen en este caso los nombrados, señala que ciertamente no es un acto de división, puesto que efectivamente no se puede hablar de división donde no hay previa comunidad de partícipes, sin embargo, la partición verificada por el propio testador tiene una función divisoria (21), porque, o bien se ha de entender que el testador al partir la da por supuesta en virtud de una ficción jurídica, o bien que no se altera la naturaleza de la partición, porque no exista comunidad, o en fin, lo que el testador quiere es que no llegue a surgir, coincidiendo su propósito con la facultad que el artículo 1.056.1.º le concede (22).

González Enríquez critica, igualmente, la opinión que niega el carácter de partición a la verificada por el testador, afirmando que pese a que no existe previa comunidad hereditaria, la finalidad de toda partición se cumple, pues la esencia de la partición es la finalidad ejecutiva de una atribución de cuota y no el extinguir una comunidad (23).

De lo expuesto se colige sin dificultad que estaremos ante una partición por el testador, en el caso de que éste, después de señalar las cuotas, rellene éstas con bienes concretos del caudal y señale los que corresponden a cada uno de los coherederos. Este señalamiento de cuotas previo presuponerlo todos los autores referidos.

Pero, y si el testador designa directamente los bienes sin previo señalamiento de cuotas, ¿podrá hablarse también de partición por él practicada o, por el contrario, se trataría de un supuesto de simples legados? La cuestión interesa de manera general en esta clase de partición, pero también para nuestro estudio.

En punto a esta cuestión, como pone de manifiesto Rodríguez Adrados, no hay precepto que imponga al testador-partidor la previa fijación de cuotas abstractas de institución (24). Y, en efecto, el tenor

(20) ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, V, «Derecho de Sucesiones», Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pp. 134 y 135. Del mismo autor, *Estudios de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1955, pp. 333 y 334.

(21) DE LOS MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, en «RDN», 1960, pp. 196 y 204.

(22) *Idem*, pp. 204 y 205. Este punto de vista de De los Mozos lo que trata de evitar es una separación tajante entre testamento y partición, lo cual le permitirá, posteriormente, apoyar su criterio en punto a las divergencias entre testamento y partición.

(23) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el propio testador por acto «inter vivos»*, en «RDP», 1954, p. 511.

(24) RODRÍGUEZ ADRADOS, *La partición hecha por el testador*, en «RDN», 1970, pp. 220 y 221.

del artículo 1.056.1.º, que sería el que en todo caso tendría que decirlo, no establece explícita ni implícitamente que deban fijarse cuotas. Lacruz y Sancho, por el contrario, mantienen una postura distinta, expresando la necesidad del señalamiento de cuotas para que exista partición en este caso (25). Ahora bien, estos autores tampoco dicen que se trate de un supuesto de legados, sino que lo consideran un caso de instituciones de heredero *ex re certa* (26). Pero realmente, ¿existe diferencia entre instituir herederos en cosa cierta, suponiendo que tal categoría sea admisible en nuestro Derecho y partir sin previo señalamiento de cuotas?

Para contestar a este interrogante, lo primero a resolver es la cuestión de si tal figura del heredero en cosa cierta es posible en nuestro Derecho.

La posibilidad de la institución de heredero *ex re certa* depende del criterio que se adopte en punto a la calificación del heredero, cuestión que divide a la doctrina española entre los partidarios del llamado criterio objetivo y los seguidores del criterio subjetivo. Si se adopta el criterio objetivo, que es el que parece imperar en el Código según se desprende de los artículos 660, 661 y 768, que siguen autores como Valverde, Clemente de Diego y Castán (27), como lo que prevalece es el contenido de la institución y no el nombre que le de el testador, toda asignación concreta de bienes habrá de reputarse legado y todo llamamiento a cuota lo será a título de heredero, lo que conllevará la responsabilidad por las deudas. En cambio, si se sigue el criterio subjetivo fiel a la tradición romanista, la atribución de la cualidad de heredero o legatario dependería exclusivamente de la denominación que realice el testador, con independencia de que atribuya una parte del caudal o asigne bienes concretos.

Esta segunda posición así formulada resultaría inadmisibile y no parece que ningún autor la defienda en los términos en que la hemos expuesto. Los intentos que se registran en las últimas décadas de revivir el criterio romano, en ningún caso pretenden suplantar el criterio del Código, sino tan sólo revisarlo, siendo falso el presentar las dos corrientes como posturas enfrentadas e irreconciliables. Así lo pone de relieve Vallet de Goytisolo cuando dice que «no existe antagonismo radical entre los criterios subjetivo y objetivo», añadiendo que «ambos deben coincidir si el segundo es rectamente entendido» (28).

(25) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, V, «Derecho de Sucesiones», Bosch, Barcelona, 1981, p. 170.

(26) *Idem*, p. 169.

(27) VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, T. V, *Parte Especial*, «Derecho de Sucesión "Mortis Causa"», 3.ª ed., Valladolid, 1926, p. 168. DE DIEGO, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 23. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, T. IV, vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1969, pp. 85 y 86.

(28) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, «Fundamentos», Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 71. Alguer ya había observado, añade Vallet, que se plantea mal el problema cuando se le hace consistir, como es corriente entre nuestros autores, en la elección de uno de estos dos criterios: subjetivo, objetivo...

En efecto, si se observan las posturas que sustentan los autores que se muestran favorables a atender a la denominación que el causante realice, así, Manresa (29), Scaevola (30), Vallet de Goytisolo (31), Lacruz y Sancho (32), Albaladejo (33) y Puig Brutau (34), no proponen otra cosa que una indagación de la voluntad del testador, atendiendo tanto el contenido de la atribución *assignatio*, como a las denominaciones utilizadas *nomen*. Para estos autores, los artículos 660, 661 y 768, no pueden desconectarse del artículo 668.2.º, que dice: «En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia»; pues bien, éste y los anteriores preceptos, no serían sino reglas de interpretación de la voluntad del testador.

La consecuencia que se deriva de este punto de vista, al que nos adherimos, es la admisión de la posibilidad del legado de cuota y, para lo que a nosotros interesa, la *institututa ex re certa*. Para determinar su sustantividad respecto del llamamiento a título de legado en la indagación de los casos concretos, Vallet de Goytisolo ha establecido unos criterios que han alcanzado aceptación mayoritaria por la doctrina (35). De entre ellos interesa destacar el primero, demost

(29) MANRESA, *Comentarios...*, *cit.*, pp. 95 y ss.

(30) SCAEVOLA, *Código civil*, XIII, *cit.*, pp. 503 y ss.

(31) Respecto al Código civil, refiriéndose al contenido de los arts. 660 y 768, dice Vallet: «Ha continuado el proceso que de la prevalencia del “nomen” sobre la “assignatio” pasó al predominio de la “assignatio” sobre el “nomen”. Pero es de advertir, continúa diciendo, que se trata del predominio de la “assignatio” como realidad querida por el testador, y no del nombre dado para expresarla, si este nombre no resulta de acuerdo con la intención del propio testador dimanante del tenor del mismo testamento, conforme la pauta interpretativa que expresa el art. 675 del Código civil» (*op. cit.*, p. 164).

(32) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, *cit.*, pp. 30-32.

(33) Albaladejo, tanto en lo que respecta al legado de parte alicuota como en relación a la institución de heredero en cosa cierta, los considera un problema de interpretación de la voluntad del causante, y en relación a esto último se expresa diciendo: «...si se demuestra que fue querido como sucesor universal, será heredero en cosa cierta, no en el sentido de que sea un heredero-sucesor particular, sino de que es un heredero-sucesor universal cuya participación en la herencia se materializa en una cosa singular, a modo de partición hecha por el testador» (*Curso...*, vol. V, *cit.*, pp. 21-23).

(34) Puig Brutau (*Fundamentos de Derecho civil*, T. V, vol. I, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 69-80), entiende que, ciertamente, el contenido de la disposición hace presumir «iuris tantum» que el llamamiento a la totalidad o a una cuota supone una institución de heredero y que el llamamiento a un bien determinado constituye un legado, pero también es decisiva la voluntad del testador que puede destruir esa presunción, porque el art. 660 al igual que el 768 son meras normas interpretativas de la voluntad de aquél.

(35) Según Vallet (*Panorama...*, *cit.*, pp. 167 y 168), para la determinación de cuándo estamos ante una institución de heredero en cosa cierta habrá de tenerse en cuenta: 1.º) Los instituidos herederos en cosa cierta, cuando los llamamientos de esa clase agoten el caudal, deben entenderse herederos universales, instituidos en proporción al valor de los bienes que respectivamente se les hayan asignado, considerando que el testador ha usado la facultad (recogida en el art. 1.056, párrafo 1.º), de distribuir entre ellos, en el mismo testamento, los bienes asignados al efectuar las institu

tivo de la identidad que, para este ilustre jurista, existe entre el supuesto de llamamientos en cosas ciertas que agoten el caudal y la facultad del artículo 1.056.1.º, opinión que igualmente mantienen de los Mozos, cuando señala que la diferencia entre señalar o no cuotas es más bien dialéctica que real (36) y de la Cámara al decir que la institución *ex re certa* se manifiesta excepcionalmente a través de la partición testamentaria (37). Por nuestra parte añadiríamos que la exigencia de un llamamiento solidario, que como presupuesto para el derecho de acrecer exige el artículo 982 del Código, demuestra la posibilidad del llamamiento en cosa cierta a los herederos, supuesto en que estaría sustraído el acrecimiento entre ellos. Pues bien, el cauce para el nombramiento de herederos en cosa cierta no es otro que el de la partición por el testador ex artículo 1.056.1.º Todos los llamamientos a título singular que no puedan tener encaje en el artículo 1.056, siguiendo los criterios desarrollados tan magistralmente por Vallet, han de reputarse legados, con las consecuencias tan importantes que ello tiene en orden a la responsabilidad por las deudas del causante.

Por tanto, en nuestra opinión, el supuesto de partición por el testador se produce con independencia de que haya o no señalamiento de cuotas y sentada tal afirmación, tenemos ya precisado el ámbito de la prohibición del artículo 1.379. A parte de los legados, en ella entrarían, tanto el supuesto de propia partición subsiguiente a la fijación de las cuotas, ya se haga en el mismo testamento o en acto *inter vivos*, como el de directa asignación de los bienes a los favorecidos o, si se prefiere, la denominada *instituta ex re certa*. En el primer caso, la separación existente entre lo dispositivo y lo divisorio, permite distinguir netamente lo que es testamento y lo que es

ciones de herederos. 2.º) Cuando, en semejante supuesto testamentario, queden vacantes alguna o algunas de las cosas ciertas asignadas, sea por premoriencia sin sustitutos, incapacidad o repudiación de los llamados herederos, entendemos que quienes «ab intestato» reciben aquellas cosas ciertas deberá entenderse que ocupan una posición jurídica igual que quienes testamentariamente habían sido llamados a ellas. 3.º) Si el testador pensó agotar el caudal con llamamientos en cosa cierta a título de heredero, pero olvidó algún bien, seguramente por su poco valor, o lo adquirió posteriormente, entendemos que con mayor razón debe considerarse que la institución de aquél debe incluir ese remanente atendiendo a la voluntad del testador, conforme al razonamiento acabado de exponer. 4.º) Instituidos uno o varios herederos en cosa cierta y distribuyendo el remanente en legados, sean de cosa específica o parciarios, parece evidente —salvo especiales circunstancias— que la voluntad del testador fue que aquéllos fuesen herederos. 5.º) En fin, cuando el testador hizo varias instituciones en cosa cierta y dejó el remanente a uno de los instituidos, pueden darse varios supuestos, según los términos en que se expresó el testador al disponer de ese remanente y la importancia que le dio y que efectivamente tenía ese residuo. Si lo asignó como mera previsión para evitar que de resultar remanente se llegase al «ab intestato», creemos que no varía este supuesto de aquél en que haya total distribución de la herencia en instituciones de herederos «*ex re certa*».

(36) DE LOS MOZOS, *La partición...*, cit., p. 197.

(37) DE LA CÁMARA, *El legado de cosa ganancial*, op. cit., p. 528, nota 103.

partición. En el segundo, en cambio, puesto que lo divisorio está embebido en lo dispositivo y viceversa, testamento y partición coinciden, sin que pueda establecerse distinción entre los dos tipos de actos. ¿Qué ocurriría en el caso de que se declare la ineficacia de la partición por ir contra la norma del artículo 1.379, es decir, porque el testador parta los bienes gananciales? Las consecuencias serían distintas en cada uno de los casos mencionados, pues mientras que en el primero, la ineficacia de la partición no provocaría la nulidad del contenido dispositivo del testamento, lo contrario ocurriría con el segundo, ya que sería sumamente difícil mantener la validez parcial del testamento, sólo en relación a los bienes propios, pues la distribución habrá sido realizada en función de los otros bienes comunes que se han partido. La ineficacia total del testamento será evidente cuando los nombrados sean legitimarios, porque muy probablemente, por lo dicho, el mantenimiento de la validez del testamento en lo que respecta a los bienes propios, vulnerará las legítimas.

Lo aconsejable, por tanto, es hacer señalamiento de cuotas, pues en el caso de que se impugne el contenido particional del testamento o la partición verificada fuera de aquél, el contenido dispositivo del testamento no tiene que quedar afectado por la ineficacia de la partición.

d) *¿Es posible la partición de los bienes gananciales realizada conjuntamente por ambos cónyuges?*

Lo dicho hasta ahora en relación a la prohibición implícita en el artículo 1.379, ha sido partiendo de la base de que el acto de disposición de los bienes gananciales sea realizado unilateralmente por uno de los cónyuges, como es la regla general en nuestro sistema sucesorio, que sólo concibe los actos *mortis causa* unilaterales. Pero, debido a que la partición ex artículo 1.056.1.º, puede llevarse a cabo por vía no testamentaria, por acto de los llamados *inter vivos*, cabría preguntarse si la prohibición de partir que nos ocupa, se aplicaría igualmente al caso en que sean los dos cónyuges los que concurren al acto particional.

Tal posibilidad, aunque reconociendo que es discutible, la apuntan Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, afirmando que cabría la «partición por el testador» de los bienes comunes mediante acto *inter vivos* y conjunto de ambos cónyuges. En tal caso, agregan estos autores, no se da la mancomunidad prohibida por el artículo 669, porque los cónyuges no testan en sentido estricto, y la prohibición ha de interpretarse restrictivamente (38).

(38) LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, V, *cit.*, p. 171.

Las palabras de Lacruz y Sancho están haciendo referencia a dos cosas distintas que no deben confundirse. Una cosa es que los cónyuges puedan llevar a cabo conjuntamente la partición de sus bienes cuando los que se parten sean privativos porque la comunidad se haya liquidado previamente, posibilidad cuyo tratamiento abordamos en un momento posterior de este trabajo, y otra bien distinta, que es la que ahora nos ocupa, de si los cónyuges pueden, en acto conjunto de ambos, partir bienes de naturaleza ganancial.

El supuesto que contemplamos se planteó en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1965 (A. 2.602). En este caso, la partición fue realizada conjuntamente por ambos cónyuges y en el mismo acto los esposos habían convenido considerar comunes todos sus bienes y, por tanto, fueron objeto de partición tanto los bienes gananciales como los privativos de cada uno de ellos. El Tribunal Supremo decretó la nulidad de la misma apoyándose en dos argumentos. En primer lugar, en la nulidad del acuerdo por el cual consideraban comunes todos sus bienes, en tanto que implicaba un cambio de régimen matrimonial, por entonces prohibido por el Código civil. En segundo lugar, y a lo que aquí interesa, dijo en el considerando 4.º: «...dado el texto del propio artículo 1.056 en relación con el 659 del mismo Código, la facultad que al testador se confiere de hacer, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición se refiere a los bienes del testador, pero no a la división y adjudicación de bienes ajenos...». El argumento del Tribunal Supremo, como se observa, fue el mismo que utilizó para sancionar la invalidez de la partición de los bienes gananciales practicada unilateralmente por uno de los cónyuges, según se vio en las sentencias antes examinadas.

En efecto, en el supuesto de partición de bienes de naturaleza ganancial, pese a que los dos cónyuges realicen el cuaderno particional conjuntamente y en este sentido no se podría decir que partan bienes ajenos pues los dos titulares concurren, la ajeneidad vendría dada en el momento en que fallezca uno de ellos, puesto que el sobreviviente seguiría siendo titular de la mitad de la masa y, de admitirse, resultaría que se abriría la sucesión de unos bienes de los que todavía el otro cónyuge es titular. Es decir, respecto al sobreviviente se produciría una especie de sucesión *mortis causa* en vida, lo cual es absolutamente aberrante. En consecuencia, la llamada partición por el propio testador del artículo 1.056.1.º, que recaiga sobre bienes gananciales, es nula, tanto si se lleva a cabo de forma unilateral por un cónyuge, como si se realiza de manera conjunta por ambos.

II. SOLUCIONES ALTERNATIVAS

Insistiendo en lo ya expuesto, el único acto *mortis causa* que el cónyuge casado bajo el régimen de gananciales puede hacer respec-

to a éstos, salvo la excepción del artículo 1.380, se limita a la posibilidad de hacer testamento y, dentro de éste, solamente puede señalar el beneficiario de la parte de bienes que se le adjudiquen en la comunidad, y si son varios los beneficiarios, las cuotas que a cada uno correspondan en esos bienes.

Son escasos, por tanto, los estímulos que ofrece la institución testamentaria para los cónyuges casados bajo el régimen de gananciales. Tendrá utilidad en aquellos casos en que los cónyuges no tengan hijos y alguno de ellos quiera dar un destino a sus bienes distinto del orden de suceder abintestato. Sin embargo, en el caso de matrimonios con hijos, partiendo de la base de que lo normal es que los padres no quieran romper la igualdad entre todos ellos, la utilidad de hacer testamento se reduce al mínimo, pues salvo que se quiera mejorar o hacer uso del tercio libre, la única ventaja sería el evitar la declaración judicial de herederos abintestato, pero nada más. No es extraño que el acto testamentario sea poco atractivo para la gran mayoría de la población.

Expuesta ya en la introducción, damos por reproducida aquí la problemática que plantea la prohibición de partir los bienes gananciales que hemos estudiado y las trabas legales existentes para que los cónyuges puedan coordinar su sucesión. Simplemente, insistiremos en el hecho de que, en la práctica, frecuentemente se hace caso omiso a las limitaciones que impone el artículo 1.379, y cada uno de los cónyuges, de acuerdo entre ellos, disponen y adjudican en cada uno de sus testamentos, varios bienes comunes o cuotas concretas de algún bien de la comunidad en favor de tal o cual hijo. Como ya ponía hace años de relieve de la Cámara y lo avala su experiencia profesional como Notario, 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, y si pese a los obstáculos legales, continúa el autor, tales disposiciones se cumplen de hecho, ello es debido a que las últimas voluntades de los padres son generalmente sagradas para los hijos sin discusiones sobre su legalidad (39). Y añadía de la Cámara, que es misión del jurista práctico, y muy particular del Notario, ver si el Derecho positivo vigente brinda algún camino, aunque sea indirecto, para la consecución de los fines perseguidos por los interesados, cuando estos fines, como en el caso que ahora estudiamos, son moralmente irreprochables (40).

A este objetivo queremos modestamente contribuir con las páginas que siguen.

(39) DE LA CÁMARA, *El legado...*, cit., p. 545.

(40) *Idem*, pp. 545 y 546.

**1. Liquidación de la sociedad de gananciales en vida, para que produzca efectos a la muerte del que primero fallezca.
Posibilidad de la partición conjunta o combinada de ambos cónyuges**

La primera y más directa posibilidad de soslayar la prohibición del artículo 1.379, consiste en que los cónyuges realicen capitulaciones matrimoniales, en virtud de las cuales extingan la sociedad de gananciales, liquiden las deudas y se adjudiquen los bienes a cada uno de ellos. Una vez convertido todo el caudal en privativo, podrían distribuir los bienes de ambos, coordinadamente, entre los hijos.

La solución expuesta tiene la gran ventaja que ofrece su total legalidad en la regulación actual, puesto que el ordinal 4.º del artículo 1.392 expresamente previene como causa de extinción de la comunidad de gananciales, que los cónyuges convengan un régimen económico distinto, que habría de ser el régimen de separación de bienes, en función de los fines que aquí interesan. Esta posibilidad que actualmente brinda el Código de dar por extinguida mediante convenio capitular la sociedad de gananciales, procede, no de la reforma de 1981, sino de la que se produjo en el año 1975, en virtud de la cual se suprimió la rígida regla de la inmutabilidad de los capítulos que presidía la regulación del tema desde que se promulgó el Código y que fue ampliamente criticada por buen número de autores durante su vigencia.

Pero, todavía más apropiado, puesto que no significaría cambio en el *status* de los bienes mientras vivan los cónyuges, sería realizar los capítulos sometiéndolos al término *certus an incertus quando* de la muerte de cualquiera de ellos, como momento en el que habría de adquirir eficacia la extinción de la sociedad de gananciales pactada, la liquidación y las adjudicaciones realizadas a cada cónyuge. En relación a esta nueva variante, habría que preguntarse si está permitido someter los capítulos a término, inicial o final, como sería nuestro caso. Esta cuestión recibió una respuesta negativa entre los autores antes de la reforma de 1975, que acabamos de referir. Pero, con posterioridad a esa fecha, el argumento de la inmodificabilidad del régimen matrimonial constante matrimonio, en el que se sustentaba la negativa a admitir la condición o el término, dejó de existir, y, en su consecuencia, la doctrina actual no duda en admitirlos (41).

(41) Vid. GÓMEZ FERRER SAPIÑA, *Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio*, en «RCDI», 1978, p. 496. GULLÓN BALLESTEROS en los, *Comentarios a las reformas del Código civil*, de AMORÓS, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, p. 1071. Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, vol. IV, cit., p. 195. LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, IV, cit., p. 330. CANO TELLO, *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, p. 18.

No es necesario, por tanto, que las capitulaciones que se pacten entren en vigor en el momento de su realización. Antes bien, el objetivo de las mismas, que es facultar a ambos cónyuges para que puedan hacer una adecuada distribución de todos sus bienes, se consigue igualmente y, si cabe, con menor distorsión, si se aplaza la eficacia de la extinción de la comunidad, la liquidación (42) y las adjudicaciones realizadas capitularmente a cada cónyuge, al momento en que fallezca el primero de los cónyuges. Ello permitirá que sobre la base de sendos testamentos realicen la partición conjunta de todos sus bienes entre los hijos incluyendo los gananciales, puesto que éstos adquirirán la condición de privativos en el momento en que fallezca el primero de los cónyuges, coincidiendo con la apertura de su sucesión.

La posibilidad descrita ya fue propuesta por Clemente de Diego allá por el año 1924 en uno de sus «Dictámenes» (43) y posteriormente reafirmada por González Rodríguez (44), Cámara (45), Rodríguez Adrados (46) y Díez Picazo y Gullón (47).

Sin embargo, su admisibilidad no está exenta de inconvenientes. El primer escollo que se presenta es el de si la partición llevada a cabo conjuntamente por ambos cónyuges en acto *inter vivos*, atentaría contra el principio del carácter personalísimo del testamento del Código civil. En punto a esta cuestión Clemente de Diego argumentaba que en contraste con la prohibición del testamento mancomunado contenida en el artículo 669 del Código civil, para la división mancomunada no existe prohibición en el Código y no es lícito, afirmaba

(42) En cuanto a las deudas de la sociedad de gananciales, no parece que su liquidación pueda someterse enteramente al término incierto de la muerte del que primero fallezca. Será necesario hacer en los capítulos un tratamiento separado de las deudas que existan en el momento en que se llevan a cabo los mismos y las que surjan después. En lo que concierne a las primeras, ya estén vencidas o no, bastará con separar una cantidad para su pago y si existen créditos de un cónyuge contra la comunidad, no habrá inconveniente en computarlos y, en función de su importe, hacer las adjudicaciones de metálico o de otros bienes al cónyuge acreedor, con efectos sometidos al mismo término. Sin embargo, en lo que concierne a las nuevas deudas que surjan mientras dure la sociedad, como no se sabe cuál será su importe y, por tanto, no pueden ser tenidas en cuenta en la división del caudal ganancial que se realice, habrá que prever un régimen especial para hacer frente a las mismas, para lo cual podrían arbitrase diversas soluciones, como podrían ser destinar para el pago de los mismos los rendimientos que produzca algún o algunos bienes gananciales o separar un capital a tal fin e, incluso, convenir que el pago se realice a costa de los bienes privativos de los cónyuges proporcionalmente a los ingresos o rendimientos. En lo que respecta, por último, a las deudas que existan cuando el primero de los cónyuges fallezca, como en ese momento todos los bienes de los cónyuges son privativos, lo lógico sería pactar que su pago se haga a costa de los caudales privativos de cada cónyuge en la misma proporción antedicha.

(43) CLEMENTE DE DIEGO, *Dictámenes Jurídicos*, cit., pp. 619 y 620.

(44) GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Sobre particiones verificadas por el testador*, en «RCDI», año 1927, pp. 171 y 172.

(45) CÁMARA, *El legado...*, cit., pp. 517-519.

(46) RODRÍGUEZ ADRADOS, *La partición...*, cit., pp. 226 y 227.

(47) DíEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 722.

el ilustre civilista, generalizar o extender a otros casos no previstos, preceptos prohibitivos o de excepción (48). Rodríguez Adrados destaca la gran utilidad que tiene esta forma de partición, que no puede lograrse, a su juicio, con la otra variedad de partición del causante, la hecha en testamento, por el carácter unipersonal del testamento en Derecho común (49). En igual sentido favorable a la admisión de esta partición conjunta, se pronuncian Lacruz y Sancho (50) y Díez Picazo y Gullón (51).

Sin demasiados fundamentos es contrario a la misma De los Mozos, que se limita a aducir el carácter personal que, en su opinión, tiene la partición por analogía con el testamento (52).

Cámara se muestra partidario de que los cónyuges pacten la disolución de la sociedad de gananciales con efectos a la muerte de uno de ellos, razonando que no existe en este supuesto un pacto sucesorio prohibido, porque en esa división los cónyuges no se conceden derecho hereditario alguno, ni se lo otorgan a tercero. Ciertamente, continúa Cámara, que los bienes adjudicados a cada cónyuge pasarán en su momento y cuando la adjudicación haya tendido 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 (53). Lo que en cambio rechaza Cámara, como solución a esa tan común aspiración de los padres de distribuir entre sus hijos todos sus bienes, es que ambos procedan a la partición, no ya conjunta que considera no permitida por el artículo 1.056, sino tan siquiera que puedan coordinar sus particiones individualmente realizadas (54). Los argumentos que aduce en defensa de su postura son, en primer lugar, que el artículo 1.056 permite sólo a cada testador partir su propia herencia, en segundo lugar, 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 y, en último término, añade Cámara, que como las particiones son siempre revocables, si el cónyuge supérstite revoca la partición otorgada de común acuerdo, puede resultar alguno de los hijos grave-

(48) DE DIEGO añade, además, que «la división realizada por los dos cónyuges en un solo acto de los mismos bienes y en pro de los descendientes comunes es lo más congruente con la naturaleza del matrimonio, que imprime en los cónyuges una como unidad de persona e identidad de espíritu, anhelos y afectos» (*cit.*, p. 615).

(49) RODRÍGUEZ ADRADOS, *cit.*, p. 227.

(50) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, V, *cit.*, p. 171.

(51) *Op. cit.* y *loc. cit.*

(52) DE LOS MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, *cit.*, p. 211.

(53) CÁMARA, *cit.*, p. 518.

(54) CÁMARA, *cit.*, p. 546.

mente perjudicado contra la voluntad del premuerto que, si le dejó menos, fue en consideración a lo que el otro cónyuge le dejaba y sin que le quepa recurso alguno mientras su legítima esté intacta (55).

Para salvar esos inconvenientes, Cámara brinda como solución alternativa 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, continúa Cámara, 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 pro indiviso a los sucesores, y procedentes de ambas herencias, se partan en una determinada forma (56).

Frente a los razonamientos de Cámara, nosotros diríamos lo que sigue. En cuanto a la supuesta prohibición de la partición conjunta, nos remitimos y adherimos a las opiniones doctrinales antes expuestas que rechazan la existencia de tal regla en nuestro Código. En cuanto al segundo de los argumentos, que está en íntima relación con el tercero, en efecto, jurídicamente, no sería posible tomar en consideración esa voluntad real de los padres de coordinar sus sucesiones y la consideración de sus patrimonios como si fuera uno, pero de hecho, la fórmula que proponemos consigue un resultado coincidente con esa voluntad. En lo que respecta al tercero de los argumentos de Cámara, ciertamente, nunca podría evitarse que un cónyuge revoque y de al traste con el acuerdo. Pero ello podría ocurrir cualquiera que fuese la fórmula que se elija, incluyendo la que Cámara arbitra como alternativa, en tanto que también presupone el acuerdo. Es más, la solución que Cámara propone, que a lo que parece consistiría en ordenar por vía modal a los herederos el gravamen de partir en una determinada manera, sería radicalmente nula, puesto que supone un gravamen del llamamiento sucesorio que gravaría también las legítimas, en contra de lo preceptuado por el artículo 813.2.º del Código civil.

Aduce Cámara a la solución que nosotros proponemos el inconveniente de que uno de los cónyuges revoque el testamento y la partición realizada coordinadamente con el otro y resulte perjudicado algún hijo. En nuestra opinión, aunque esto puede ocurrir, no parece probable que se produzca, si partimos de la base de que cualquier fórmula que intente coordinar la sucesión entre los cónyuges presupone la mutua confianza. De todas maneras, tal eventualidad podría evitarse sometiendo el testamento de cada cónyuge y la partición conjunta a la condición resolutoria de que el otro no revoque, arbitrando para ese caso sendas disposiciones testamentarias, que, caso de cum-

(55) *Op. cit. y loc. cit.*

(56) *Op. cit.*, pp. 546 y 547.

plimiento de la condición, haría funcionar independientemente la sucesión de cada progenitor. Y suponiendo que la revocación se produzca después de que fallezca el otro, podría ordenarse que permaneciera indivisa la herencia hasta el fallecimiento del otro cónyuge, tal como admite el artículo 1.051 del Código civil, con objeto de evitar la distorsión que se produciría al tener que restituir lo ya percibido por la sucesión del primero, como consecuencia del cumplimiento de la condición. Esta indivisión interina tendría dos ventajas, por un lado, que la adquisición de todos de los bienes por todos los hijos se produciría en el mismo momento, el de fallecimiento del segundo de los cónyuges y, por otro, abriría la posibilidad de otorgar al viudo el usufructo universal de los bienes del premuerto, tan usual en la práctica.

En lo que concierne a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la sentencia de 20 de mayo de 65, ya referida con anterioridad, resolvió un caso de partición *inter vivos* practicada conjuntamente por ambos cónyuges, pero con la diferencia respecto del supuesto que nosotros contemplamos, de que los bienes partidos no eran privativos. En el supuesto de la sentencia, los cónyuges en el cuaderno particional habían manifestado su voluntad de hacer comunes todos los bienes, lo cual suponía, como dijo el Tribunal Supremo en el considerando 3.º de la sentencia, un cambio del régimen de gananciales por el de plena comunidad (57), en contra de la regla de la inmutabilidad del régimen matrimonial vigente entonces. El Tribunal Supremo consideró nulo el cambio y en su consecuencia la partición verificada en base al mismo, puesto que resultaba haberse realizado sobre bienes gananciales. Sin embargo, el Tribunal Supremo no dijo, y aquí radica el interés de este caso, que, en sí misma, la partición conjunta fuese nula.

No hay otra manera, por tanto, si se quiere hacer una distribución conjunta de todo el patrimonio familiar entre los hijos, que pactar la liquidación de la sociedad de gananciales y el cambio al régimen de separación, si bien sus efectos queden aplazados a la muerte del que fallezca primero. Una vez realizado ese pacto de carácter capitular, los cónyuges, previos sendos testamentos en los que instituyan herederos a sus hijos, podrían partir todo el patrimonio, bien en un

(57) No resulta, en absoluto, adecuado el pacto que realizaron los cónyuges en el supuesto de la sentencia, de cambiar el régimen de gananciales por el de comunidad universal de bienes, porque de esta manera no se suprimirían los obstáculos que impiden partir o adjudicar los bienes gananciales. Es más, se agudizarían, puesto que resultaría que ni tan siquiera los privativos podrían ser objeto de partición, habida cuenta que también se habrían convertido en comunes. El Tribunal Supremo no se apercibió de este resultado, aunque lo cierto es que tampoco necesitaba decirlo después de haber declarado nulo el cambio de régimen. Los cónyuges que pretendan partir entre sus hijos todos sus bienes deben pactar la liquidación de la comunidad de gananciales, pero nunca su ampliación.

cuaderno único tal como proponemos o separada pero coordinadamente.

2. Delegación de la facultad de hacer la partición al cónyuge viudo

El artículo 831 del Código civil, que establece la posibilidad de que un cónyuge delegue en el viudo la facultad de hacer la partición de sus propios bienes y de mejorar a los hijos comunes, ha merecido la atención de buen número de autores, especialmente, desde la reforma ya referida del año 1975, que liberalizó la posibilidad de pactar capitulaciones con posterioridad a la celebración del matrimonio. La norma estaba sumida en el desuso desde que se la creara en el año 1889, puesto que la posibilidad de delegar en el otro cónyuge solo podía hacerse en capítulos y dado que éstos sólo podían realizarse antes de la boda, nadie en su sano juicio se hubiera aventurado a delegar antes del matrimonio. Sin embargo, una vez que se permitió desde 1975 pactar capítulos después de contraído el matrimonio, algunos autores, por aquellos años (58), prometieron un feliz porvenir al precepto, que luego no se han cumplido, como ha reconocido Díez Gómez en un estudio más reciente (59).

Sin lugar a dudas, el otorgamiento de la facultad de partir y mejorar al otro cónyuge, aunque hoy pueda concederse constante matrimonio, no deja de presuponer una gran dosis de confianza del cónyuge que la otorga en el otro y, por tanto, no resulta aconsejable más que para matrimonios muy bien avenidos, similarmente a lo que ocurre con la fórmula expuesta en el epígrafe precedente. No en vano algunos autores califican al poder que otorga este artículo de «fiducia sucesoria» (60), criterio que compartimos plenamente, pues hay que tener presente que lo que se delega en el ámbito del artículo 831, no es un simple poder divisorio, como si se tratara de un contador partididor. Además de esta facultad de distribución, el cónyuge supérsite tiene poder para señalar a su arbitrio y desigualmente, salvando las legítimas, las cuotas que corresponden a cada uno de los coherederos. Es decir, mientras que el contador-partididor se limita a rellenar las cuotas prefijadas por el causante, el cónyuge, en el caso del artículo 831, determina también la cuota correspondiente a cada cual.

(58) GARRIDO DE PALMA, *Visión notarial del art. 831 del Código civil*, en «Homenaje a Roca Sastre», III, Barcelona, 1976, p. 367. SANS URANGA, *La nueva importancia del art. 831 del Código civil*, en «RDN», abril-junio, 1976, p. 382.

(59) Díez GÓMEZ, *El nuevo art. 831 del Código civil*, en «RDN», julio-diciembre, 1982, pp. 407 y 409.

(60) *Vid.* LACRUZ BERDEJO y SANCHO, *Elementos...*, V, *cit.*, p. 455, y SANS URANGA, *cit.*, p. 384.

Con arreglo al criterio expuesto, no podemos compartir el punto de vista de Seco Caro, cuando califica el supuesto del 831 como comisario especial (61), porque sus facultades sobrepasan con mucho la figura del comisario-contador tal como el Código la concibe. Ello no quiere decir, como afirma Díez Gómez, que se trate de un verdadero poder testatorio (62), pues aunque se acerque al mismo, el cónyuge viudo no está facultado para designar como beneficiarios de la herencia del premuerto a personas distintas de los hijos comunes, es decir, no podría nombrar herederos o legatarios a personas distintas de éstos. Recientemente, José María Miquel, desde el punto de vista de la dogmática extraña al Código, afirma que el artículo 831 contiene un negocio *per relationem*, en el sentido de que el causante ha dispuesto en capitulaciones o en testamento (primer negocio), por referencia a la decisión de su cónyuge (segundo negocio) (63).

En nuestra opinión, el artículo 831 contiene una figura que carece de encaje en las categorías sistemáticas que recoge el Código. Lo único que podría afirmarse con certeza es que se trata de una excepción a la regla general que establece el artículo 670 *in fine* del Código civil, que prohíbe «dejar al arbitrio de un tercero la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente», excepción que se funda en la confianza que el matrimonio puede generar a los cónyuges. Este poder de designar las porciones, junto con el de dividir, singulariza el supuesto que estudiamos.

El artículo 831 ha sido retocado en la reforma operada en el Código por la Ley 11/1981, sin duda, en un intento del legislador de estimular su uso, como lo prueba el hecho de haber admitido la posibilidad de establecer esta delegación también por vía testamentaria. No compartimos la opinión de Miquel, cuando afirma que no sabe muy bien qué hace el artículo 831 en una reforma que en materia sucesoria trata de plasmar la equiparación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (64). A nuestro juicio, siguiendo los estudios que se han llevado a cabo sobre el precepto, el artículo 831 no es una norma que agote su sentido en el ámbito sucesorio, sino que se proyecta a todo el patrimonio familiar, que sí fue objeto de atención directa por la Ley 11/1981, al ocuparse de los regímenes económicos

(61) SECO CARO, *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo* (Estudio sobre el art. 831 del Código civil español), Ed. Bosch, Barcelona, 1960, p. 183, califica la posición del cónyuge que ostenta la facultad del art. 831, como de especial comisario que puede hacer la partición, distribuyendo desigualmente los bienes del premuerto entre los hijos comunes, señalando su propia cuota hereditaria.

(62) Díez Gómez, *cit.*, p. 413.

(63) MIQUEL, JOSÉ MARÍA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, *cit.*, pp. 1316 y 1317.

(64) MIQUEL, *cit.*, pp. 1311 y 1312. En un sentido parecido, DELGADO ECHEVERRÍA, *El nuevo régimen de la familia*, II, Cuadernos Civitas, Madrid, 1982, p. 203, que afirma no ver su relación directa con las finalidades de la nueva ley.

matrimoniales, porque como dijo Seco Caro, aunque el artículo 831 no tiene una finalidad esencialmente familiar, sino sucesoria, posee una estrechísima vinculación con el Derecho de familia (65).

¿Cuáles son las ventajas que la delegación de la facultad de hacer la partición y mejora en el cónyuge ofrece en relación con nuestro tema? Ciertamente, el artículo 831 del Código no contribuye e incrementar los poderes del cónyuge que premuere, sino todo lo contrario, puesto que en todo caso supone una dejación del poder particional o de mejora al cónyuge que sobrevive. Sin embargo, la utilización del artículo 831 tiene la ventaja, de que a través de esa delegación que comporta, palia la imposibilidad en que se encuentra el cónyuge que fallece primero, de poder hacer una adecuada distribución entre los hijos incluso de sus propios bienes, puesto que no podría tener en cuenta los demás bienes de la familia, como son los gananciales, y los bienes propios del otro cónyuge. Una adecuada distribución de todo el patrimonio familiar entre los hijos requiere tener en cuenta todo el conjunto y para ello el cónyuge que fallece primero se encuentra imposibilitado.

Pues bien, la delegación de la facultad de hacer la partición, consigue que el cónyuge viudo distribuya entre los hijos todo el patrimonio familiar, incluyendo sus propios bienes y los de su cónyuge, si es que se ejercita la facultad por vía testamentaria o, por lo menos, teniendo en cuenta el destino de los bienes propios. Además, permite una más adecuada distribución, porque el viudo tiene ya una visión de todo el conjunto de bienes de la familia. Por otro lado, y puesto que la distribución se hace más tardíamente, se pueden calibrar mejor cuáles sean las particulares o especiales necesidades de los hijos (66). Precisamente, pensando en esa mejor situación en que se está para distribuir la herencia cuando los hijos han alcanzado más edad, el legislador del 81 ha previsto la aplicación de un plazo para el ejercicio de la facultad por el viudo, supletorio en defecto de que el premuerto no haya fijado ninguno, que es la emancipación del último de los hijos.

En segundo lugar, como pone de relieve la doctrina que ha estudiado el precepto (67), el artículo 831 evita la disgregación de la propiedad territorial o de establecimientos y empresas mercantiles e in-

(65) SECO CARO, *cit.*, p. 113. En el mismo sentido, GARRIDO DE PALMA (*cit.*, p. 372), que además destaca que la finalidad primordial que a su juicio posee el precepto, es evitar la desmembración del patrimonio familiar.

(66) En este sentido dice GARRIDO DE PALMA: «...supongamos que un hijo está impedido o enfermo, o tiene especiales necesidades, o padece incapacidad, o quiere premiarse la conducta de alguno de ellos, o estimularse ciertas condiciones personales, o dar carrera o colocación a alguno de ellos, o también organizar un sistema de vida que permita la subsistencia de toda la familia encomendando el gobierno de ella al hijo mayor o más capacitado...» (*cit.*, p. 371).

(67) *Vid.* SECO CARO, *cit.*, p. 215, y GARRIDO DE PALMA, *cit.*, p. 372.

dustriales, que se presenta como inevitable en muchos casos, de seguir el proceso sucesorio normal, a consecuencia de la desconexión existente, tanto de hecho como de derecho, entre las sucesiones de los dos progenitores. Por la vía de la delegación se podría conseguir, sino una conexión de derecho, rechazada por el Código, sí al menos de hecho, que al fin y al cabo es lo que cuenta.

Por último, otra ventaja adicional nada desdeñable, que el mismo García Goyena calificaba de muy saludable en sus «Concordancias», es el fortalecimiento que el precepto comporta de la posición del cónyuge viudo en relación con los hijos, respeto y dependencia particularmente hacia su madre viuda y conservación de la disciplina doméstica (68). En este orden, la doctrina añade el cauce que la norma brinda como medio para arbitrar un deseo muy común entre los matrimonios a la hora de hacer testamento, pero que tropieza con la institución de la legítimas, de atribuirse recíprocamente el caudal (69). A juicio de Díez Gómez, los deseos de esos testadores que no son otros que dotar al viudo de los máximos poderes sobre los bienes del difunto y tanto más si son gananciales, se logran mejor que con ninguna otra institución con la delegación que permite el artículo 831, junto con otras modalidades sucesorias, como pueden ser el usufructo universal, la prohibición de dividir la herencia dentro de los límites legales, el albaceazgo, la facultad del artículo 1.056 del Código civil y, sobre todo, la del 841 (70).

Las ventajas que según se ha visto ofrece el precepto en examen no justifican los recelos que ha suscitado en la práctica. Esperemos que vayan desvaneciéndose con el transcurso de los años.

III. EL ARTICULO 1.380 DEL CODIGO CIVIL: EL LEGADO DE COSA GANANCIAL

Desde que se promulgó el Código civil, el legislador español tuvo ocasión de regular el llamado legado de cosa ganancial, pues si como parece probable la norma contenida en el actual artículo 1.379 fue tomada del Código Napoleón, bien podía haber hecho lo mismo en ese supuesto. Ahora, a los cien años de la promulgación del Código civil, durante los cuales ha perdurado en este punto la laguna legal, la reforma de 1981 ha regulado el supuesto de legado de cosa ganancial en el artículo 1.380, haciéndolo de manera similar (no enteramente igual, como veremos) a como lo regula el Código francés en su artículo 1.423.

(68) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ed. Base, Barcelona, 1973, T. II, art. 663, pp. 107 y 108.

(69) SANS URANGA, *cit.*, pp. 382 y 383.

(70) Díez GÓMEZ, *cit.*, p. 410.

Durante este tiempo, la doctrina ha hecho un meritorio esfuerzo por resolver esta laguna de nuestro Derecho, siendo de destacar el excelente trabajo de Cámara que ya conocemos y al que nos tendremos que referir más veces. Porque si la solución del tema en su aspecto esencial ya está resuelto por el artículo 1.380, en el sentido de que no hay que buscar un acomodo legal por vía analógica para dar validez al supuesto de legado de cosa ganancial, han quedado, no obstante, sin resolver algunas cuestiones menores y, a la par, han surgido otras en la inteligencia de la nueva norma tal como ha resultado formulada.

1. Carácter y fundamento de la norma

Prescindiendo de insistir en el carácter excepcional de la norma contenida en el artículo 1.380, que afirmábamos al inicio de este trabajo, a donde nos remitimos sobre el particular y yendo al análisis del precepto en sí, el artículo 1.380 tiene dos partes netamente diferentes en cuanto a su formulación de norma jurídica. Una primera parte, en la cual el legislador resuelve el problema de la validez de este legado, que en otro caso no estaría exento de dudas, como lo prueban las discrepancias doctrinales existentes antes de la reforma del 81. La segunda parte se refiere a los efectos que produce, respecto a lo cual, el precepto previene dos subhipótesis: 1) que el bien legado sea incluido en la parte de bienes de la sociedad ganancial que se adjudiquen al caudal hereditario del cónyuge disponente, en cuyo caso el legado es eficaz como tal, y 2) que por la circunstancia que sea (bien porque se adjudique al cónyuge supérstite o porque se paguen deudas a costa de ese bien), no sea adjudicado como anteriormente queda expuesto, en cuyo caso, el legislador presume que el testador habría querido transformarlo en el pago de su valor, o sea, de un legado *in natura* en un principio, se transforma *ope legis* en un legado de cantidad.

Ahora bien, realmente, esa transformación se basa en la voluntad presunta del testador, como algunos afirman (71), o, por el contrario, como opinan otros, esa transformación prevista por el legislador no perseguiría otro objetivo que prevenir el fraude en que podrían incurrir los herederos (72), o, tal vez según otros, eludir el efecto aleato-

(71) Vid. LAURENT, *Principes...*, cit., p. 44. PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, traducción de Díaz Cruz, T. VIII, primera parte, Cultural Habana, s.f., p. 604. MALAURIE, *Nota a la sentencia de 13 de diciembre de 1965*, en «Rev. Trim. de Droit Civil», D.S., 1966, núm. 275.

(72) COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, T. VI, «De los regímenes matrimoniales», Ed. Reus, Madrid, 1949, p. 283.

rio en que quedaría el legado de no haberse previsto (73). En nuestra opinión, todas esas explicaciones resultan plausibles. Cossio ya advirtió que las mismas razones que movieron al legislador a adoptar tal solución de cambio en el legado de cosa ajena (que según establece el art. 861 también se transforma en el valor), parecen que aconsejan admitirla en el legado de cosa ganancial no adjudicada a la herencia del testador (74). Y, recientemente, en relación al legado de cosa ajena, ha escrito González Pacanowska, que lo que prima en materia testamentaria es la voluntad del testador y que esa voluntad sea eficaz y si la efectividad no puede alcanzarse en la forma dispuesta por el causante, debe cumplirse en la forma más aproximada (75). Más tarde añade Pacanowska que lo que se ofrece para el legado de cosa ajena sería una solución tipificada para el supuesto de que la prestación no puede cumplirse *in natura* desarrollando el grado de esfuerzo que presumiblemente quiso el testador, reduciéndola, como se dice en general para toda obligación, «al equivalente de su primitiva onerosidad» (76).

Desde nuestro punto de vista, estamos de acuerdo con Pacanowska, en que ese efecto de transformación en el equivalente, es aplicación del criterio general que rige en la ejecución de toda obligación (arts. 1.101 del Cc y 924.1.º de la LEC) y, por tanto, presumible. Pero también se podría pensar que por medio de esa transformación se pretende evitar que la eficacia del legado quede amenazada, puesto que en muchos casos de no ser por esa previsión, quedaría a merced de los herederos la eficacia del legado, lo cual, evidentemente, iría contra la voluntad del causante.

Con lo expuesto tenemos ya establecida la premisa de la que hay que partir en el análisis del artículo 1.380, de que ese efecto transformador de un legado, que en principio es de cosa específica, en legado de cantidad, tiene un mero carácter dispositivo y de presunción legal de carácter «iuris tantum», respecto a la cual están de acuerdo todos los autores tanto anteriores como posteriores a la reforma (77). Esto

(73) Vid. autores cit. por MARTY y RAYNAUD, *Droit Civil*, en «Les régimes matrimoniaux», 2.ª ed., SIREY, París, 1985, p. 197.

(74) COSSIO, *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, T. 50, cit., p. 207. La opinión expuesta no quiere significar que nosotros entendamos el legado de cosa ganancial como un supuesto de legado de cosa ajena. Esta discusión, actualmente, cuando existe ya una norma que regula específicamente aquél, carece de sentido entrar. Lo único que queremos poner de relieve en relación con el legado de cosa ajena, es la semejanza en cuanto al efecto transformador que existe entre los arts. 861 y 1.380.

(75) GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 161.

(76) GONZÁLEZ PACANOWSKA, cit., p. 163.

(77) Vid., entre otros, BLANQUER UBEROS, *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones*, en «Anales AMN», T. XXV, EDER-SA, Madrid, 1982, p. 93, nota 74. COSSIO, cit., p. 207. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sis-*

quiere significar que allí donde se demuestre que el cónyuge disponente de un legado de cosa ganancial, ya sea de una manera expresa o ya sea por vía de interpretación de la voluntad testamentaria, haya previsto la eventualidad de que no pueda cumplirse el legado *in natura* o, cualquier otra, y quiera dejarlo sin efecto, establecer un efecto distinto al legal o unos límites para el pago del valor, primará su voluntad sobre lo establecido en el artículo 1.380.

Respecto a la cuestión escasamente práctica de la naturaleza jurídica de ese efecto transformador del legado de cosa ganancial en legado de cantidad, las opiniones son diversas. Se habla de una eficacia condicionada (78), de conversión del legado (79) y también de una eficacia alternativa (80). A nuestro juicio, ninguna de estas categorías son enteramente satisfactorias. A lo sumo, en lo que respecta a la eficacia alternativa que propone Blanquer, puede afirmarse que en aquellos casos en que dependa exclusivamente de los herederos del testador que se incluya o no la cosa en la herencia de éste, podría decirse que el supuesto sería semejante a un legado u obligación alternativa, puesto que, en definitiva, dependería de los herederos que el legado se pague *in natura* o por equivalente, como es lo propio en las obligaciones alternativas (art. 1.132 del Cc). Pero no siempre está a merced de los herederos que el bien se incluya o no en el caudal del testador. Piénsese en el caso de que el patrimonio ganancial sea insuficiente para pagar las deudas de la comunidad y éstas absorban el bien legado sin que sea posible su adjudicación. En nuestra opinión, para explicar esta transformación, podría hablarse de un efecto novatorio del objeto de la obligación de pago en que consiste el legado, impuesto por el legislador, pero sin que ello signifique especialidad ninguna, sino simple aplicación de las reglas generales sobre cumplimiento de las obligaciones (arts. 1.101 del Cc y 924 de la LEC), en tanto establecen la transformación en el equivalente, cuando no es posible el cumplimiento de la obligación *in natura*.

2. Ambito de aplicación

En lo concerniente al ámbito del artículo 1.380, se plantean diversas cuestiones de gran interés, cuyo examen vamos a abordar separadamente.

tema..., cit., p. 528. GONZÁLEZ PACANOWSKA, cit., p. 445. CÁMARA, *El legado de cosa ganancial*, cit., p. 503. En Francia, vid. MAZEAUD, HENRI, LÉON y JEAN, *Leçons de Droit Civil*, T. IV, vol. 1, 4.^a ed., Ed. Montchrestien, París, 1977, p. 323.

(78) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, vol. IV, cit., p. 253.

(79) CANO TELLO, *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, cit., p. 32.

(80) BLANQUER UBEROS, cit., p. 93.

a) *Los tipos de actos de disposición que el precepto abarca*

La primera de las cuestiones que plantea el precepto que examinamos es la de la clase de actos a los que el artículo 1.380 se está refiriendo. El término que el legislador emplea («disposición testamentaria»), permite entender que el testador pueda hacer estos actos dispositivos, tanto a título de legado, como a título de heredero, con lo cual el precepto estaría admitiendo, no sólo la hipótesis del legado de cosa ganancial, sino también la atribución del bien ganancial a título de heredero. De la Cámara al abordar esta cuestión en su estudio sobre el legado, distinguió el legado de cosa ganancial de aquellos otros supuestos en los que la atribución del bien se realiza por otra vía. Cámara englobó todos esos supuestos como casos incardinables en el ámbito jurídico de la partición verificada por el propio testador que previene el artículo 1.056.1.º del Código civil (81).

Este punto de vista nos parece correcto, pero en lo que no estamos de acuerdo con De la Cámara y tal parece que tampoco el legislador del 81, puesto que el tenor literal del artículo 1.380 permite aplicarlo a todas las disposiciones testamentarias sin distinción, es que deban tener consecuencias diversas el legado de cosa ganancial y el supuesto en que el testador a la hora de hacer su partición, incluya en ella y adjudique excepcionalmente a uno de sus herederos un bien ganancial.

De la Cámara, para estos casos de asignaciones por vía distinta del legado, distinguió según que, previa a la asignación del bien al heredero, se hubiesen señalado cuotas o que no se hubiesen fijado cuotas (82). Para el primer caso, el autor consideró que aun cuando el bien ganancial no se incluyese en la herencia del testador, el heredero beneficiario sí tendría derecho a la indemnización del valor (83); en cambio, para el caso de que no existiera previa determinación de cuotas, que además es el supuesto más frecuente en las particiones realizadas por el propio testador, De la Cámara negó al heredero el derecho a ser indemnizado (84). La razón de esta diferencia de trato reside en que el autor que comentamos consideró que en el caso de fijación de cuotas había que presumir que la voluntad del testador habría sido la de otorgar una indemnización al heredero si hubiese previsto que éste recibiría un valor inferior al de la cuota que le asignó (85); mientras que en el caso de partición sin fijación de cuotas no puede decirse, afirmaba De la Cámara, que el testador haya consi-

(81) CÁMARA, *cit.*, pp. 471 y 522.

(82) *Idem*, pp. 532 y ss.

(83) *Ibidem*, pp. 538.

(84) *Ibidem*, p. 542.

(85) *Idem*, p. 536.

derado las adjudicaciones por él hechas como simple medio de cubrir una cuota matemáticamente bien determinada con respecto a la herencia en su conjunto (86).

El argumento no nos parece suficiente para establecer un trato distinto entre las dos hipótesis, por las siguientes razones.

Cuando los herederos son instituidos directamente en bienes sin fijación previa de cuotas, no sólo podría hablarse de partición, sino también de instituciones de heredero *ex re certa*. Ciertamente que éstas plantean problemas en cuanto a su admisibilidad como tales instituciones de heredero en el Código civil, por enfrentarse con los artículos 660, 668 y, sobre todo, 768 (87). Esta cuestión ya ha sido objeto de atención con anterioridad en otro lugar de este trabajo al que nos remitimos (88). Baste con reiterar ahora que la corriente que siguen los autores más modernos, a la que nos adherimos, concede un mero valor interpretativo a los preceptos antes referidos, admitiendo como consecuencia la institución de heredero en cosa cierta y el legado de parte alícuota (89). Supuesta entonces la posibilidad en nuestro Derecho de las instituciones *ex re certa*, el problema está en distinguirlas del legado. Pues bien, en este aspecto, Vallet de Goytisolo, que se ha esforzado en demostrar la posibilidad de esta figura, entiende que estaremos ante una institución de heredero y no ante un legado, cuando los llamamientos en cosa cierta agoten el caudal, debiendo entenderse herederos universales, instituidos en proporción al valor de los bienes que, respectivamente, se les hayan asignado, considerando que el testador ha usado la facultad del artículo 1.056, párrafo 1.º (90), clara asimilación de la *instituta ex re certa* a la partición por el propio testador. En sentido parecido, De los Mozos, en el marco de la partición por el testador entiende que la diferencia entre señalar cuotas y señalar bienes determinados es más bien dialéctica que real (91); añadiendo a continuación que los herederos cuando hay señalamiento de cuotas, aunque realmente no lo sean, es como si hubiesen sido instituidos *ex re certa* (92). Si a esto añadimos

(86) *Ibidem*, p. 541.

(87) El art. 768, en tanto que dice: «El heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario», parece rechazar la institución de heredero «*ex re certa*».

(88) *Infra* p.

(89) *Vid. infra* p.

(90) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, cit., p. 167.

(91) DE LOS MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, cit., p. 197.

(92) DE LOS MOZOS, cit., p. 198. En el mismo DE LA CÁMARA, en otro lugar de su trabajo realiza una afirmación similar, cuando dice «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, añadiendo a continuación que la institución «*ex re certa*», si es caso, sólo puede tener una manifestación excepcional a través, precisamente, de la partición testamentaria» (cit., p. 528, nota 103). Esta virtual

que en los casos en los que no haya señalamiento de cuotas, forzosa-mente hay que referirse al valor de cada lote para determinar la responsabilidad de cada heredero por las deudas, las diferencias entre que haya o no cuotas, se reducen al mínimo y, en consecuencia, no habrá argumento para conceder un trato distinto al heredero al que el testador le asigna un bien ganancial en uno y otro supuesto. En última instancia, y sin que ello signifique por nuestra parte negar la posibilidad en nuestro Derecho del heredero en cosa cierta, la asimilación del supuesto que contemplamos (testador que al hacer la partición de sus bienes propios incluya y adjudique uno ganancial) al del legado, está establecida en el propio Código (art. 768), precepto que bien podría servir de argumento para someterlos a un mismo tratamiento a los efectos que ahora nos ocupan.

En última instancia, una exégesis gramatical del artículo 1.380, conduce a la misma conclusión de que debe aplicarse a todas las disposiciones concretas de bienes gananciales sean o no legados. En efecto, si el legislador de la reforma hubiese querido limitarlos a éstos, habría utilizado el término legado en lugar de la expresión genérica de «disposición testamentaria». Este punto de vista no lo contradice el hecho de que en la última parte del precepto aparezca la expresión legado para referirse a la consecuencia que produce la disposición testamentaria del bien ganancial en el caso de que no se adjudique a la herencia del testador, cuando dice: «Se entenderá legado el valor», pues a parte de que no sería lo mismo que haber dicho «se entenderá que lo legado es el valor», el término legado también se utiliza para designar, en general, cualquier clase de atribución sucesoria, sea o no en puridad una manda en sentido estricto. Si el legislador hubiese querido que el precepto limitase su ámbito de aplicación exclusivamente a los legados, podría haberlo hecho fácilmente, refiriéndose desde el primero momento a los mismos.

b) *Los límites de eficacia de la facultad de disponer en concreto de bienes gananciales, en relación con el ámbito de la prohibición del artículo 1.379*

El artículo 1.380 plantea el problema de determinar el alcance de la facultad que concede, cuestión que está íntimamente relacionada con la determinación del ámbito de la prohibición contenida en el artículo 1.379 que, recordemos, quedó meramente planteada al estudiar este precepto. Lo que se diga sobre el artículo 1.380 condiciona enteramente el sentido del artículo 1.379, puesto que si este precepto,

asimilación de la institución de heredero en cosa cierta a la partición por el testador, implica una contradicción con la otra postura del autor, al señalar consecuencias distintas, según que haya o no fijación de cuotas.

como sabemos, prohíbe implícitamente las disposiciones concretas, sólo puede precisarse su alcance en función del artículo 1.380, que las admite. Se trata de determinar, por tanto, dónde acaba la posibilidad de disponer en concreto de bienes gananciales en base al artículo 1.380 o, lo que es igual, dónde comienza la prohibición del 1.379.

La facultad que establece el artículo 1.380 del Código civil, literalmente, se limita a un solo bien ganancial. En este marco, caben dos interpretaciones de la norma: la rígida, rigurosamente gramatical, según la cual no sería posible disponer en concreto de más de un bien o derecho de naturaleza ganancial, y la extensiva, que la ampliaría a plurales bienes. Veámos los posibles argumentos a favor y en contra de cada solución.

En favor de la interpretación restrictiva de la norma, militaría el argumento del carácter excepcional de la facultad concedida en el artículo 1.380, frente a la regla general prohibitiva, implícita en el precepto que le precede. Un planteamiento sistemático de las facultades de disposición *mortis causa* sobre bienes gananciales, según afirmábamos al inicio de este estudio, permite llegar a la conclusión de que en este tema, el artículo 1.379 es la regla general y el 1.380 la excepción. Resulta de lo más adecuado que, pese a la regla general, cada cónyuge pueda disponer la sucesión de algún bien ganancial que, por la razón que sea, tiene especial interés en que lo herede determinada persona. En función de lo dicho podría pensarse que el legislador, en el artículo 1.380, habría considerado adecuado hacer una especial concesión a cada cónyuge, que no debería trascender de su letra, pese a que no desconocemos que la hermenéutica normativa no impide la interpretación extensiva de las normas excepcionales, especiales o singulares, como es la del artículo 1.380.

En cuanto a la interpretación extensiva, hay que decir primeramente que en favor de ella se han pronunciado algunos autores. Albaladejo la admite (93) e, igualmente, Díez Picazo y Gullón, quienes afirman que aunque literalmente el artículo 1.380 se refiere en singular a un solo bien ganancial, nada impide ligar el precepto con plurales bienes que tengan ese carácter (94). Sin embargo, existen graves inconvenientes para admitir esta interpretación, que surgen, otra vez, al relacionar el artículo 1.380 con el 1.379. En efecto, se puede afirmar sin lugar a dudas que la prohibición implícita en el artículo 1.379, en virtud de la cual se prohíbe disponer en concreto de los bienes gananciales, no se limita al supuesto de que se disponga de la totalidad del caudal, pues si fuese así resultaría el absurdo de que el artícu-

(93) ALBALADEJO, *Curso...*, vol. IV, «Derecho de Familia», *cit.*, p. 185.

(94) Díez PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, *cit.*, p. 1766. Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, vol. IV, *cit.*, p. 253.

lo 1.380 admitiría realizar disposiciones concretas de todos los bienes gananciales, menos uno. En función de ello, el problema que plantearía el aceptar la interpretación extensiva del artículo 1.380 y admitir que se pueda disponer de diversos bienes gananciales, sería el de establecer los límites de estas disposiciones, para no entrar en la prohibición del artículo 1.379. Qué criterios serían los adecuados para fijar ese límite, sería otra cuestión nada fácil de resolver, por carecer de todo apoyo legal para ello. Por otro lado, en caso de litigio ante los Tribunales, suponiendo que se llegara a un criterio delimitador, surgiría otro inconveniente, a la hora de tener que elegir entre varias disposiciones concretas, cuáles habrían de mantenerse válidas y cuáles no. Habría que señalar otro criterio para efectuar esta elección. En definitiva, la interpretación extensiva del artículo 1.380 sumiría al precepto en la más absoluta incertidumbre, nada deseable en Derecho y mucho menos en materia sucesoria.

A tenor de lo expuesto, sin negar la corrección desde el punto de vista técnico a la interpretación extensiva del artículo 1.380, son mayores los inconvenientes que ofrece y parece preferible respetar la literalidad del artículo 1.380. En nuestra opinión, por tanto, la facultad del artículo 1.380 ha de considerarse limitada a un solo bien ganancial. Ahora bien, ello no quiere decir que no se pueda jugar con una amplia interpretación de la expresión bien, en el sentido de que puedan ser objeto de disposición universalidades de hecho o *universitas facti*, entendiendo por tal, siguiendo a Barbero, el conjunto de bienes que pese a poder ser objeto de negocios y relaciones separadas, constituyen una unidad lógica que puede ser objeto de un destino unitario (95). En la doctrina española, ha señalado Goma Salcedo que el concepto de *universitas* constituye un recurso técnico para expresar abreviadamente un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas que tienen un nexo común que las hace fácilmente identificables (96). Para el caso que estamos estudiando, entendemos que podrían ser objeto de disposición *mortis causa* en el ámbito del artículo 1.380, un conjunto de bienes o derechos de naturaleza ganancial, siempre que guarden entre sí una cierta unidad económica, como podría ser, por ejemplo, una vivienda en la que se incluyeran como pertenencias, una colección de objetos muebles (sellos, cuadros, libros, monedas), una explotación agrícola compuesta incluso de diversas fincas con tal de que tenga una unidad económica, un rebaño, una empresa e, incluso, un paquete de acciones o derechos de una determinada sociedad. El mantenimiento de la cohesión de todas es-

(95) BARBERO, *Le universalità patrimoniale*, Giuffrè Ed., Milano, 1936.

(96) GOMA SALCEDO, *La universitas como posible objeto de Derecho*, Estudios de Derecho Privado coordinados por Martínez Radio, vol. I, EDERSA, Madrid, 1962, p. 302.

tas unidades patrimoniales y otras muchas que podrían pensarse, merecen la protección del ordenamiento jurídico. Será el Notario en su despacho y el Juez en el caso concreto los que tengan que valorar la existencia de esta unidad y aunque ello comportaría cierta dosis de inseguridad, siempre sería menor que la que provocaría una total interpretación extensiva del artículo 1.380. En favor de este punto de vista podría citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1973 (Aranz. 894), que versó sobre un caso de legado de cosa ganancial de una empresa comercial de juguetería, que fue considerado enteramente válido por nuestro más alto Tribunal.

c) *Consecuencias de la transgresión de los límites de eficacia de la disposición de bienes gananciales*

La consecuencia jurídica o sanción a aplicar cuando se trasgreden los límites de lo permitido por los artículos 1.379 y 1.380, no viene establecida en estos preceptos. Ambos constituyen, en este aspecto, disposiciones legales incompletas, que han de llenarse con otra u otras disposiciones. La determinación de la consecuencia jurídica a aplicar no ofrece duda alguna que, puesto que los artículos 1.379 y 1.380 son de carácter imperativo, habría de resolverse por remisión al artículo 6.3.º del Código civil, que, como se sabe, previene la nulidad radical y absoluta para todos aquellos actos que infringen normas imperativas y prohibitivas, cuando en ellas no se previene un efecto distinto para el caso de contravención, como también aquí ocurre. A parte de este precepto, ya de por sí suficiente, podrían traerse a colación, por vía analógica (97), los artículos 1.322.2.º y 1.378 del mismo Código, en tanto que previenen también la nulidad de los actos de disposición gratuitos sobre los bienes comunes realizados unilateralmente por uno de los cónyuges.

Pero sí conviene reflexionar, en cambio, sobre la aplicación práctica de la consecuencia anulatoria a las infracciones de los artículos 1.379 y 1.380. Veamos. La transgresión de los artículos 1.379 y 1.380 consistiría en efectuar más de una disposición concreta y la duda surgiría sobre si la nulidad tendría que afectar a todos los actos dispositivos realizados o sólo a aquellos que excedan del límite permitido. Para estudiar esta cuestión conviene distinguir, según que la transgresión del límite que permite el artículo 1.380 se haya llevado a efecto utilizando la vía del legado o que haya sido por vía particional.

(97) Se trataría de una aplicación analógica ya que si bien entre los supuestos de hecho de los arts. 1.322.2.º y 1.378, de un lado, y los de los arts. 1.379 y 1.380, de otro, existe cierta identidad por tratarse todos ellos de actos de disposición gratuitos de bienes comunes, no serían totalmente equiparables, pues mientras que aquéllos están pensados para los actos «inter vivos», estos otros lo están para los actos «mortis causa».

Comenzando por esta segunda posibilidad, la jurisprudencia anterior a la reforma (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1959, 17 de mayo de 1974 y 3 de marzo de 1980, ya citadas en este trabajo), es contundente en el sentido de que la partición o adjudicación que afecta o recae sobre bienes gananciales, es nula radicalmente. En nuestra opinión, tal doctrina es también perfectamente mantenible en el seno de la regulación actual, porque la nulidad de la partición no afecta a la validez de la disposición y al mantenimiento del derecho a una cuota de la herencia de los nombrados, solución siempre preferible a la de mantener la validez de tal o cual adjudicación. Incluso el Tribunal Supremo también considera nula la partición en su totalidad, cuando el testador, a la hora de hacer la de sus propios bienes, incluya en ella y adjudique bienes gananciales, hipótesis que, además, es la más frecuente en la práctica. La razón es bien sencilla, en estos casos, como lo normal es que las adjudicaciones de los bienes se hayan realizado sin tener en cuenta su procedencia, al estar confundidos los gananciales y los privativos, no puede mantenerse la validez parcial de la partición en lo que respecta exclusivamente a estos últimos. En esencia, ésta fue la doctrina que mantuvo el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de diciembre de 1959 (98).

Mas, si tratándose de particiones, lo adecuado es la nulidad total de la misma cuando vulnera el límite del artículo 1.380, si la vía utilizada ha sido la de los legados, el aplicar igual consecuencia tiene el inconveniente de que los legatarios, a diferencia de los herederos en el caso de la partición, perderían todos sus derechos. En pro de que la nulidad no alcance a todos los legados, podría argumentarse que al menos uno de ellos estaría dentro de lo permitido por el artículo 1.380. Pero no sería solución viable mantener la validez de uno de los legados y anular los restantes, pues el problema sería el elegir cuál y nunca existirían razones para que tal legatario resultara respetado en su derecho y sacrificados los restantes, salvo que el legislador hubiese previsto la elección entre uno u otro tipo de legado, de manera similar al orden de preferencia entre legados previsto en el artículo 887 del Código civil, para el caso de que los bienes de la herencia

(98) En la sentencia de 12 de diciembre de 1959, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de plantearse el problema de si podía mantenerse, en lo que concernía a los bienes propios del testador, tal como pedía una de las partes, la validez parcial de una partición en la que también se había dispuesto de los bienes gananciales. A ello respondió el Tribunal Supremo que, teniendo en cuenta que las adjudicaciones se habían realizado «...sin especificar sus distintas procedencias, ni diferenciar los lotes que a cada uno de los herederos formaba con los bienes de su exclusiva propiedad que hubiese permitido distinguir y separar la partición de cada una de las sucesiones...» (cdo. 1), «...la confusión de todos sin discriminación de cuál fuere la sucesión de que procedían, no siendo por ello viable el anular una parte de lo hecho, sin que llevase aparejada la nulidad de lo demás partido y adjudicado...» (cdo. 2).

no alcancen a cubrir todos. ¿Podría ser aplicable por analogía este precepto para determinar qué legado de bienes gananciales de entre varios podría mantenerse? La cuestión es más que dudosa, pues los supuestos no se asemejan en nada y a falta de una previsión legal en este aspecto la consecuencia ha de ser similar a la aplicable a la partición, es decir, la nulidad de todos los legados. A lo sumo, y aunque la hipótesis sea de laboratorio, si el beneficiario de los diversos bienes gananciales dispuestos por vía de legados es el mismo sujeto, entendemos que para éste solo caso podría respetarse la validez de uno de ellos, que habría de ser el de más valor, por resultar lo más acorde con la voluntad presunta del testador.

d) *Otros aspectos delimitadores del artículo 1.380*

Cuestión menor que plantea el artículo 1.380 es la de si sería posible legar sólo una parte de una cosa ganancial, lo cual, sin duda alguna, debe recibir una respuesta afirmativa, por aplicación de la regla lógica de que la norma que autoriza lo más autoriza implícitamente lo menos (99). En este supuesto de legado de parte, al igual que el caso normal, el legado habría de cumplirse *in natura* cuando la cosa se adjudique a la herencia del testador, en caso contrario entregarán el valor de esa parte. Tampoco habría inconveniente en considerar admitido por el artículo 1.380 la realización de dos o más legados, siempre que éstos recaigan sobre un único bien ganancial, como ocurriría en el caso de que se atribuya a dos o más personas diversas partes, indivisas o no, de un mismo bien.

En último lugar y también en orden a los límites de eficacia de la disposición, el artículo 1.380 no ha resuelto, a diferencia de otros Códigos, como el francés, el problema de los límites de eficacia del efecto novatorio del legado de cosa ganancial, en punto a lo cual se haya dividida la doctrina española posterior a la reforma. Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (100), seguidos por González Pacanowska (101), consideran, sin duda, inspirados en Cámara, que si la cosa legada excede del valor de la participación que al testador corresponde en el haber común, habrá de interpretarse que éste funciona como límite de eficacia de la liberalidad. González Pacanowska llega a afirmar, incluso, que si en la liquidación de la sociedad el testador no

(99) Vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *cit.*, p. 445, y BLANQUER UBEROS, *cit.*, p. 93.

(100) LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, IV, *cit.*, p. 462.

(101) GONZÁLEZ PACANOWSKA, sólo dice que «el límite económico de la disposición viene fijado por lo que, por todos los conceptos, corresponda al testador en la liquidación de la sociedad de gananciales en virtud de lo dispuesto en el art. 1.379» (*cit.*, p. 445). No acertamos a entender cuál es el sentido del art. 1.379 para poder extraer del mismo la limitación que afirma esta autora.

obtiene nada, el legado será ineficaz (102). El argumento que De la Cámara esgrimía antes de la reforma, para considerar este límite, era la aplicación por vía analógica del artículo 864 del Código civil, que se ocupa del legado de cosa en parte propia y en parte ajena, al supuesto del legado de cosa ganancial, precepto con arreglo al cual, entendía Cámara, no podría presumirse legado el exceso sobre la participación del testador en la comunidad de gananciales (103). Diversa opinión mantenía Cossío, que sólo entendía sometido esta clase de legado a los límites de las legítimas (104). Y en cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la reforma de 1981, como ha reconocido González Pacanowska (105), mantuvo el criterio de considerar sometido el legado de cosa ganancial exclusivamente a los límites del sistema legitimario (106).

En nuestra opinión, prescindiendo de que la adopción de la solución que se deriva del artículo 864 no estaría exenta de problemas, pues los supuestos no son equiparables en absoluto (107), actualmen-

(102) *Idem*, p. 447.

(103) DE LA CÁMARA, *cit.*, p. 505. Cabe añadir, que para este autor, el legado de cosa ganancial ha de interpretarse como un 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 (p. 506).

(104) COSSÍO, *Tratado...*, *cit.*, p. 205.

(105) GONZÁLEZ PACANOWSKA, *cit.*, p. 437.

(106) Así, en la sentencia de 10 de enero de 1934 (Ar. 35), frente a la argumentación de la recurrente que pretendía se considerase el legado de cosa ganancial, como legado de cosa común del art. 864 del Código civil para así considerarlo reducido a la mitad de su valor, lo cual rechazó el Tribunal Supremo, la sentencia, en el considerando 14, declaró la eficacia del legado con tal de que su valor cupiera dentro de la porción disponible. Igual doctrina reitera la sentencia de 2 de marzo de 1973 (Ar. 894), que en relación a un supuesto de legado de un negocio de juguetería de naturaleza ganancial, dijo textualmente en el considerando 7: «...la disposición testamentaria es válida, ello sin perjudicar los derechos legitimarios de los demás herederos, que han de quedar a salvo, materia que sólo podrá concretarse al practicar las operaciones particionales de ambos cónyuges dando lugar a que si la parte que conforme al testamento se atribuye a la recurrente excede de la que, conforme a la mencionada cláusula, lega y mejora, deba reducirse en la cuantía precisa para que queden a salvo los derechos legitimarios, de los herederos...»

(107) En primer lugar, no entendemos a adivinar cómo puede deducirse del art. 864 el límite de la participación en la comunidad de gananciales aplicable al supuesto de legado de cosa ganancial. El art. 864 está pensado para el legado de una cosa común y es muy difícil extrapolarlo a un supuesto de bienes gananciales, en el que lo común es un patrimonio. De cualquier manera, aplicar el art. 864 al supuesto del legado de cosa ganancial supondría que en todos los casos en los que el testador no declare expresamente su voluntad de legar la cosa por entero, quedaría a merced de los herederos la satisfacción del legatario, pues bastaría con no adjudicar a la herencia del testador toda la cosa para liberarse del pago de la parte que retribuye el valor. El Tribunal Supremo en la sentencia que acabamos de referir de 10 de enero de 1934, saliendo al paso de los intentos de asimilar el legado de cosa ganancial a diversos supuestos de legados tipificados en la normativa del Código, dijo en el considerando 14: «...los preceptos legales relativos a legados de cosa ajena, común o propia del legatario, no son definitivos si se aplican a cosas totalmente dominadas y poseídas por ambos cón-

te, no existen razones, como cuando el Código no regulaba el legado de cosa ganancial, para buscar una norma que cubra una laguna que ya no existe. La mayoría de los autores españoles, o no establecen límite especial alguno o, como expresamente señala De los Mozos, la eficacia del legado no tiene otro límite que el del artículo 817 en materia de legítimas (108). Tal criterio es el que concuerda considerando el artículo 1.380 en conexión con el Derecho sucesorio, al que materialmente pertenece. En este ámbito, puesto que el precepto no señala límite alguno cuando establece la consecuencia de considerar legado el valor de la cosa, tal silencio significa que procede la aplicación de las reglas generales de la materia sucesoria (109). Este punto de vista significaría, que aun excediendo el valor de la cosa legada del que posea la parte que el testador tenga en la comunidad, sería válido y los herederos tendrían que entregar todo su valor, en tanto no mengüe la legítima de los herederos forzosos.

3. Hipótesis especiales de legado de cosa ganancial

a) *Legado a favor del otro cónyuge*

El artículo 1.380 no establece efectos diferentes de la disposición testamentaria, en función de la persona del beneficiario. Para el Código francés, cuyo artículo 1.423 regula similarmente este aspecto, Laurent nos decía, citando al efecto jurisprudencia francesa, que la ley otorga el poder de disponer sin distinguir al perfil de quien se dispone (110). Este punto de vista sería aplicación de la máxima jurídica tan conocida, de que cuando la ley no distingue, no se debe distinguir.

Sin embargo, De la Cámara, con anterioridad a la reforma, sostuvo una interesante fórmula para el supuesto de que el legatario fuese el otro cónyuge, que no ha sido acogido por el legislador de 1981. Cámara, apoyándose en el artículo 878 del Código civil, consideró que, salvo que el testador precisara cómo había de computarse

yuges, ni los razonamientos que partan de una confusión entre cuotas de copropiedad y cuotas de distribución servirán para decidir si en el momento de la muerte de uno de los cónyuges, el dominio de bienes gananciales determinados corresponde al marido o la mujer...». En definitiva, viene a decir la sentencia que el legado de cosa ganancial requiere una solución específica y singular, como singular es la comunidad de bienes entre marido y mujer.

(108) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, cit., p. 373.

(109) Igual solución adopta también el Código francés, que de una manera expresa determina que el legado de cosa ganancial debe pagarse también con cargo a los bienes privativos del testador, estableciendo al respecto en su art. 1.423.2.º, que «...si el efecto no recae en el lote de estos herederos (los del testador), el legatario tiene la recompensa del valor total del efecto legado, sobre la parte de los herederos del marido en la comunidad y sobre los bienes personales de este último».

(110) LAURENT, *Principes...*, cit., p. 45.

este legado, debía entenderse que no había querido legar toda la cosa con cargo a su participación en el patrimonio común (111). De acuerdo con este punto de vista, el ilustre jurista proponía que antes de la división de la comunidad habría de adjudicarse directamente el efecto legado al cónyuge legatario, procediendo a continuación con el resto a partirse entre los herederos del testador y el cónyuge supérstite (112). Es claro, por tanto, que con este planteamiento, el legado resultaría ser de la mitad de la cosa. Para el caso extremo de que el cónyuge legatario absorbiera por derecho propio todo el patrimonio común incluyendo el bien legado, a juicio de Cámara, el legado quedaría sin efecto (113).

Tras la reforma, el criterio de Cámara no parece haber tenido eco en la doctrina. González Pacanowska, al estudiar el legado de un cónyuge en favor del otro, lo considera sometido a al mismo límite que, con carácter general, rige para todo legado de cosa ganancial y que, a juicio de esta autora, como ya hemos expuesto, no puede exceder de la participación que corresponda al testador en el caudal común. De acuerdo con ello, según esta autora, el bien habrá de adjudicarse al caudal del testador y, si no se consigue, se entregará al cónyuge legatario el valor, pero siempre con el límite referido (114).

En nuestra opinión, aun reconociendo el valor argumentativo y la finalidad que Cámara perseguía de hacer menos gravoso a los herederos el legado de un cónyuge a favor del otro, actualmente, el artículo 1.380 debe aplicarse en sus propios términos cualquiera que sea el beneficiario. Por tanto, en el caso de que en la división de la comunidad se adjudique al cónyuge sobreviviente el bien legado, los herederos tendrán que entregarle el valor total del bien, independientemente de que el testador tenga o no participación en el caudal y cualquiera que sea su valor, siempre, claro está, que el legado no perjudique la legítima de los herederos forzosos (115).

b) *Hipótesis anómalas de pervivencia u ordenación del legado después de estinguida la comunidad*

Los supuestos que bajo este enunciado pueden imaginarse son dos: 1) extinción y liquidación de la comunidad de gananciales y no revocación del testamento anterior en el que el cónyuge ordenaba el lega-

(111) CÁMARA, *cit.*, p. 511.

(112) *Idem.*, p. 512.

(113) *Ibidem.*

(114) GONZÁLEZ PACANOWSKA, *cit.*, p. 449.

(115) Igual solución a la aquí propuesta y en idéntico caso de legado de cosa ganancial de un cónyuge a favor del otro, adoptó el Tribunal Supremo en la sentencia, ya referida, de 10 de enero de 1934 en la que como sabemos declaró la validez total del mismo a cargo de los bienes del testador cualquiera que fuese la procedencia de los mismos, siempre que el valor de la cosa legada quepa dentro de la porción disponible.

do, y 2) ordenación de un legado después de extinguida la comunidad, pero continuando indivisa y no liquidada la masa común.

Respecto al primero de ellos, de acuerdo con la doctrina mayoritaria (116), es claro que después de extinguida la comunidad, cualquiera que sea su causa, y adjudicados los bienes a cada uno de los cónyuges o a sus herederos, el legado ordenado anteriormente recaerá ya sobre bienes sustraídos al especial régimen a que están sometidos los gananciales, es decir, serán propios del cónyuge testador o ajenos y, como tales, no estarán sometidos al juego de la regla que rige para el legado de bienes gananciales (art. 1.380), quedando enteramente sometido a las normas generales en materia de legados. Con arreglo a éstas, si la cosa es propia del disponente, valdrá enteramente el legado. Si la cosa es ajena entrarían en aplicación los artículos 861 y 862, supuesto para el cual, Cámara y tras él González Pacanowska, mantienen que como la cosa no era ajena cuando se hizo el legado, no puede ser eficaz porque el artículo 861 exige para la validez del legado de cosa ajena, que el testador supiese al legarla que lo era (117). En efecto, desde nuestro punto de vista, el artículo 861 es terminante en cuanto al conocimiento de la ajeneidad de la cosa al tiempo en que se hizo el legado, y como en ese tiempo la cosa era ganancial o, lo que es lo mismo, se ignoraba su ajeneidad, falta el presupuesto para la aplicabilidad de la norma y el legado será ineficaz. Por último, si la cosa resultó sólo en parte propia del cónyuge testador, vale el legado por esa parte, mientras que por la parte ajena sería ineficaz por la razón anterior.

En lo que atañe al segundo de los supuestos antes mencionado, se trata en realidad de un legado impuesto sobre los bienes de la comunidad no liquidada, hipótesis que, como señala González Pacanowska, es necesario plantearse ante lo frecuente que es que permanezca la indivisión de la comunidad postmatrimonial entre los herederos y el cónyuge viudo (118). En Francia, ya Laurent se planteó el problema en el siglo pasado, estimando, que puesto que el artículo 1.423 del Código civil francés (homólogo de nuestro art. 1.380), era un precepto excepcional, no admitiría ser objeto de interpretación extensiva a la hipótesis de legado realizado después de que la comunidad se disolviese; el supuesto, según Laurent, entraría en el campo del Derecho común (119). Actualmente, el tema es objeto de opinión

(116) En sentido contrario, GIMÉNEZ DUART (*La gestión...*, *cit.*, pp. 580 y 581), que a pesar de reconocer que el art. 1.380 está pensado para el supuesto de premoriencia del testador, considera conveniente sustentar un criterio homogéneo y aplicarlo también a la hipótesis de supervivencia del testador a la liquidación.

(117) CÁMARA, *cit.*, p. 509. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *cit.*, pp. 453 y 454.

(118) GONZÁLEZ PACANOWSKA, *cit.*, p. 454.

(119) LAURENT, *Principes...*, *cit.*, p. 46. Con arreglo al Derecho común, la disposición sería válida o nula, respectivamente, según que la cosa se adjudicara al lote de los herederos del testador o al del otro cónyuge.

nes encontradas entre los autores franceses (120). En la doctrina española, mientras que Díez Picazo y González Pacanowska (121) se manifiestan partidarios de considerarlo sometido a las mismas reglas del legado de cosa ganancial, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, sin argumentar su postura, ni decir cuál habría de ser su solución, se oponen a someter este supuesto al artículo 1.380 (122). Por último, es de hacer notar la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1973, que en un caso igual al aquí contemplado de legado de un bien perteneciente a la comunidad postmatrimonial, declaró su validez y lo consideró un caso de legado de cosa común ex artículo 864, que había de entenderse extensivo a la totalidad de la cosa, según dedujo de los términos del testamento, y sin más límites que los derechos legitimarios de los demás hijos. El Tribunal Supremo, por tanto, dio al caso una solución igual a la que recibiría hoy de aplicar el actual artículo 1.380.

En nuestra opinión, siguiendo el criterio con el que iniciábamos el estudio del artículo 1.380, de que la consecuencia de considerar legada toda la cosa o su total valor, responde a la voluntad presunta del disponente, si ello es así cuando el otro cónyuge vive y va a traer su parte haciendo más gravosa la satisfacción del legado por los herederos del premuerto, en el supuesto de indivisión entre el testador y sus herederos, se puede presumir con mayor razón que el testador quería legar toda la cosa o su total valor. Es de hacer notar, por último, que la solución expuesta habría que aplicarse tanto si el testamento en que se ordenó el legado se hizo con posterioridad a la muerte del otro cónyuge, cuando ya había surgido la indivisión, como en el caso de que el legado hubiese sido ordenado en testamento llevado a cabo antes de morir el otro cónyuge, siempre, claro está, que la indivisión de la masa persistiera en el momento de fallecer el cónyuge testador y que no hubiese revocado el testamento.

c) *Legado ordenado por ambos cónyuges*

En el caso de que ambos cónyuges quieran que determinado bien del caudal ganancial sea atribuido a una persona determinada, en principio, con independencia de otras posibles soluciones sugeridas por la doctrina para alcanzar ese propósito, la vía más normal parece que sería la que ofrece el artículo 1.380, es decir, que cada uno de

(120) *Vid.*, para un resumen de las mismas, MARTY y RAYNAUD, *Droit Civil*, en «Les régimes matrimoniaux», 2.^a ed., SIREY, París, 1986, pp. 197 y 198.

(121) DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, T. III, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1976, p. 484. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, *cit.*, p. 456.

(122) LACRUZ-SANCHO, *Elementos...*, IV, *cit.*, p. 463.

ellos en su respectivo testamento legara o dispusiera del bien en concreto. Sin embargo, la ordenación por cada cónyuge del mismo legado a favor de la misma persona, debido a las consecuencias que el artículo 1.380 establece, conduciría, en ocasiones, a un resultado práctico que no creemos esté de acuerdo con lo querido por los cónyuges. La cuestión es la siguiente: como el artículo 1.380 previene la eficacia del legado en todo caso, se adjudique o no la cosa al caudal del testador, ocurrirá que habiendo recibido el legatario el bien *in natura* en el testamento del cónyuge que primero fallezca, también en el del segundo recibirá el total valor o, viceversa, lo cual parece desorbitado. Este resultado se produciría, no sólo en el caso de que el segundo fallezca sin haberse dividido la comunidad postmatrimonial, supuesto que, según hemos dicho antes, debe regirse igualmente por el artículo 1.380, sino también en el supuesto de que se haya liquidado la comunidad postmatrimonial y hubiese resultado atribuido al cónyuge sobreviviente el bien que fue legado por el primero. En estos casos, si los cónyuges quieren evitar ese resultado, como será lo más normal, y partiendo de la base de que deseen que sus testamentos se lleven a cabo coordinadamente, pues si los realizan independientemente no podría impedirse, habría que introducir un correctivo en cada uno de ellos, en el que se previera, «que caso de sobrevivir al otro consorte quede sin efecto el legado que se ordene, siempre que el legatario hubiese ya recibido el bien en la sucesión del otro cónyuge y si sólo lo hubiese recibido en parte, dejarlo sin efecto en la parte ya recibida». Pero la inclusión de esta cláusula no impediría que el legatario que hubiese recibido parte del bien en la sucesión del primer fallecido y parte en la del segundo, también resultara beneficiado en exceso, pues por efecto de la sucesión del cónyuge que haya premuerto, habría recibido el valor de la parte del bien no adjudicada a la herencia del mismo. Lo mismo ocurriría, en el caso de que el bien no hubiese sido adjudicado a la herencia del premuerto, ya que habría recibido por efecto de ésta su total valor. Para estos dos casos podría añadirse una cláusula en los dos testamentos que previera que, «caso de premoriencia del testador, si el legatario no recibiese el bien *in natura* o lo recibiera en parte, tenga que devolver la cantidad recibida en concepto de pago del valor del bien o de la parte no adjudicadas, en tanto que reciba posteriormente el bien o la parte que reste por efecto de la sucesión de su consorte». El añadido de esta cláusula comportaría además un importante estímulo para que los herederos entreguen el legado *in natura*, ya que si en la sucesión del segundo de los progenitores fallecido, no entregan el bien o la parte que reste al legatario, resultarán perjudicados, pues no tendrán derecho a la devolución por el legatario del valor que recibió en la herencia del primero.

Como conclusión a lo expuesto, podemos afirmar que la previsión de estas cautelas en los testamentos de los dos cónyuges, permiten

un juego más que satisfactorio del legado de cosa ganancial ordenado por ambos, incluso mayor, a nuestro juicio, que el ordenado por uno de ellos solamente.

Pero, con independencia de la vía que ofrece el artículo 1.380, ya advertíamos al inicio de este epígrafe, que para el común propósito de los cónyuges de querer atribuir a determinada persona un bien del caudal ganancial se ofrecen otras soluciones distintas. Cámara propuso dos alternativas. Una primera, según la cual podría 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 y condicionando su vigencia a que no haya tenido eficacia el establecido por el otro y, una segunda, por virtud de la cual la división del objeto legado se haría por mitad entre ellos, ordenando separadamente con su mitad respectiva un legado, a favor de distintos legatarios o del mismo (123).

Las soluciones que arbitra Cámara parten de un previo acuerdo de adjudicación del bien a uno o a ambos cónyuges, sobre cuya validez, actualmente, no cabe dudar a tenor del artículo 1.323 del Código civil y también, en razón a que por suponer una parcial disolución de la comunidad de gananciales, habría de reputarse válida al estar permitida la disolución total mediante convenio (art. 1.392.4.º del Cc). La validez de estos convenios no tendrían más límites que el de respetar los derechos de los acreedores de la comunidad y que, caso de que se adjudique a uno sólo de los cónyuges el bien legado, haya bienes suficientes en el caudal común para cubrir la parte del otro, siempre que éste tenga herederos forzosos, que pueden ser distintos de los del otro cónyuge. Sobre la base de estos convenios, el legado que ordene cada cónyuge recaerá, en el momento de tener eficacia, sobre un bien que ha dejado de ser ganancial y que estaría fuera de la regla contenida en el artículo 1.380. El único inconveniente de lo que propone Cámara no es más que la necesidad de ese adicional documento en el que se convenga la adjudicación del bien (disolución parcial de la comunidad), que habrá de ser forzosamente en escritura pública, dado su carácter capitular (art. 1.327).

d) *Legado o atribución de cosa ganancial en pago de la legítima*

El legado o atribución de una cosa ganancial a un legitimario en pago de la porción que en concepto de tal le corresponde, puede plantear problemas sobre los que conviene reflexionar. En la práctica, además, lo más frecuente es que el testador que asigna un bien ganancial, lo haga, precisamente, a un legitimario. El problema surgirá

(123) CÁMARA, *cit.*, pp. 516 y 517.

en el caso de que al hacer la partición del haber ganancial, la cosa legada no se adjudique al lote del testador. Como en ese caso el legado se transforma en el pago del valor, resultará que el legitimario no recibiría bienes del caudal relicto, a los que tiene derecho, con graves repercusiones sobre la eficacia de todo lo dispuesto por el causante.

Pero antes de entrar en la patología que el supuesto planteado origina, conviene precisar, en primer lugar, que la posibilidad de satisfacer la legítima mediante legado es indiscutible, pues frente al Derecho histórico español, que sólo admitía, bajo sanción de nulidad del testamento, la atribución de la legítima en calidad de heredero (124), el Código civil consiente, según se desprende implícitamente del artículo 815, que se atribuya por cualquier título, ya sea legado o ya sea donación *inter vivos*. Mas, si sobre la validez de un testamento en el que un legitimario o los legitimarios no son instituidos herederos, no discrepan los autores, se ha mantenido por algún sector minoritario, cuyo máximo defensor es Ortega Pardo, que el legitimario es siempre heredero, con independencia de que el testador le atribuya esa condición (125). Consecuentemente, le corresponderán, según este autor, todos los derechos y obligaciones de éstos (126). Es decir, de aceptar este punto de vista que, desde luego, no compartimos, el título por el que atribuya el testador bienes o cuotas a los legitimarios, resultaría irrelevante y nunca les serían aplicables las especialidades que rigen para los legatarios, por mucho que el testador lo pretenda. Pero la cuestión está inequívocamente resuelta por la doctrina mayoritaria desde que se promulgó el Código, en el otro sentido, de admitir que el legitimario pueda ser legatario con todos sus consecuencias, si el testador así lo quiere (127).

Sentado lo anterior, el problema que nos compete es el de resolver la anomalía que se produce cuando el testador, en pago de la legiti-

(124) Teniendo su antecedente en la «Novela» 115 de Justiniano, la «Partida» 6, 8, 5, recogió la exigencia de que la legítima se dejara a título de heredero: «El padre, haciendo testamento dejar a su hijo su parte de legítima como heredero, si aquella parte la dexasse en el testamento, non como a heredero, mas como en razón de manda, estonces podría quebrantar el testamento.»

(125) ORTEGA PARDO, *El legado en lugar de la legítima*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1945, p. 130, se apoya fundamentalmente en la dicción del propio Código, que en varios preceptos, como es sabido, denomina a los legitimarios «herederos forzosos».

(126) *Idem*, p. 131.

(127) Hay práctica unanimidad en la doctrina en el sentido de que la legítima puede atribuirse por cualquier título: VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, 1, *cit.*, p. 458, que incluye, como es habitual en este estudioso, un amplio estudio de la perspectiva histórica del tema y los antecedentes que inspiraron al legislador del Código para derogar, según palabras del propio Vallet, el deber de instituir herederos a descendientes o ascendientes legitimarios (*vid.*, pp. 455-461). En el mismo sentido, ALBALADEJO, *Curso...*, V, *cit.*, p. 380; LACRUZ BERDEJO y SANCHO, *Elementos...*, V, *cit.*, pp. 428 y 429, y Díez Pícazo y Gullón, *Sistema...*, IV, *cit.*, p. 571.

ma, atribuye un bien ganancial que resulta no ser adjudicado a la herencia del mismo. Su transformación en el valor, produce, como ya puso de relieve Cámara, «una vulneración del deber de pagar la legítima en cuerpos hereditarios» (128) o, lo que es lo mismo, una infracción de la llamada regla de la intangibilidad cualitativa de la legítima, que subsiste en nuestro Código a pesar de las importantes excepciones que tiene, sobre todo después de la reforma de 1981 (129). Ahora bien, como según se ha visto antes, la atribución del bien ganancial «pro legítima», se puede hacer tanto por vía de legado, como también a título de heredero por el cauce de la partición practicada por el propio testador, se impone, puesto que son distintas sus consecuencias, el estudio separado de cada hipótesis.

Comenzando por el caso del legado, Cámara consideró que para salvaguardar el derecho del legitimario-legatario, éste podría pretender que se le pague el valor de la cosa legada en bienes de la herencia (130). La solución que el ilustre Notario da al supuesto, se asemeja a la que Albaladejo (131), Lacruz y Sancho (132) y Vallet de Goytisoló (133), brindan, en general, para los supuestos en los que el testador señala un contenido inadecuado para satisfacer la legítima (134), de entre los cuales interesa destacar el caso en el que la legítima se ordena que se pague en cosa no hereditaria, que es, en definitiva, lo que viene a ocurrir en el legado de cosa ganancial cuando ésta no se atribuya a la herencia del testador. La solución que los autores últimamente citados arbitran para estos casos es considerar que el legitimario-legatario puede optar, entre aceptar lo que el causante le dejó, que en nuestro caso sería el pago del valor de la cosa ganancial, o reclamar el pago en bienes del caudal, de lo que por legítima le correspondería pura y simplemente (135). Lo que no podría hacer, según esta opinión a la que nos adherimos, es reclamar el pago en bienes por un valor que exceda de la porción de legítima que le corresponde, bajo pretexto de que la cosa ganancial legada

(128) CÁMARA ALVAREZ, *cit.*, p. 514.

(129) A las ya tradicionales excepciones a esta regla existentes en los arts. 821, 822, 829, 839 y 1.056.2.º, hay que añadir la mucho más amplia que ha consagrado el legislador de 1981, en los arts. 841 a 847.

(130) *Op. cit. y loc. cit.*

(131) *Op. cit.*, p. 382.

(132) *Op. cit.*, pp. 429, 493 y 494.

(133) *Op. cit.*, p. 636.

(134) Como casos en los que el testador señala un contenido inadecuado para satisfacer la legítima, VALLET DE GOYTISOLO (*op. cit. y loc. cit.*) enumera los siguientes: en cosa perteneciente al heredero; en cosa ajena; en derechos por él creados sobre la herencia o bienes de ésta, como, por ejemplo, en el usufructo de una cuota o de bienes determinados; en dinero no hereditario, fuera de los supuestos en los cuales el Código civil lo autoriza como medio de satisfacerla.

(135) ALBALADEJO, *cit.*, p. 382. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, I, *cit.*, p. 636. LACRUZ BERDEJO y SANCHO, *cit.*, pp. 493 y 494.

tiene un mayor valor que aquella porción. He aquí la diferencia de esta postura con la que sustenta Cámara. Como dicen Lacruz y Sanchó, si opta por su legítima ha de abstenerse de recibir las atribuciones testamentarias que infringen cualitativamente dicha legítima (136). Desde nuestro punto de vista, a ello añadiríamos que, más que una opción, jurídicamente hablando, lo que en realidad puede hacer el legitimario en el caso del legado de cosa ganancial que no resulta atribuido *in natura*, es repudiar el legado y si lo rechaza, nada podrá pedir por este concepto. En cambio, como bien dice Vallet, sí podría, en el caso de que acepte el legado «pro legítima», reclamar el suplemento, si cuantitativamente hubiese lugar a él (137).

Naturalmente, la posibilidad expuesta de rechazar el legado y reclamar la legítima en bienes de la herencia, nunca podría tener efectividad, cuando el testador haya usado alguna de las facultades que el Código le ofrece, de ordenar que el pago de la legítima se realice en dinero no hereditario. Si el testador, aparte del legado de cosa ganancial ordenado a favor de un legitimario, ha hecho uso también de la facultad del artículo 1.056.2.º o de la que disponen los artículos 841 y siguientes, resultará que el legitimario-legatario que no recibía la cosa ganancial *in natura*, no podrá pretender el pago en bienes hereditarios.

Hasta aquí el caso en el que la atribución «pro legítima» del bien ganancial se realiza por vía de legado. En lo que respecta al otro supuesto de atribución por acto particional realizado por el propio testador, presupuesto igualmente que el bien ganancial no sea adjudicado a la herencia del testador, la solución, evidentemente, no puede ser como en el legado, la de repudiar. Perdería todo derecho sobre la herencia, ya que renunciaría a su condición de heredero, que presupone toda atribución particional. Tampoco consiste en un problema de índole cuantitativo, cuya solución fuese el ejercicio de la acción de suplemento de legítima o de reducción de legados o donaciones inoficiosas, pues no se trata de completar una atribución insuficiente, que es el presupuesto para el suplemento en el artículo 815 del Código civil, sino de absoluta falta de legítima por inadecuación del bien atribuido. Pero ello no quiere decir tampoco que sea un caso de preterición del artículo 814, porque el legitimario ha sido instituido heredero en el testamento en el que necesariamente ha de apoyarse la partición. La anomalía se produce en la partición y en esa sede material ha de resolverse.

Colocado el problema en el ámbito exclusivamente particional, en nuestra opinión, también hay que excluir que se trate de un caso

(136) *Op. cit. y loc. cit.*

(137) *Op. cit. y loc. cit.* Aun así, el testador podría evitar la reclamación de ese exceso, aponiendo una cautela sociniana.

de rescisión de la partición del artículo 1.075. Entendemos que la rescisión de la partición trata de corregir una insuficiencia provocada en la valoración de los bienes que componen el lote del perjudicado, pero que resulta inadecuada cuando hay una falta absoluta de bienes, cual es nuestro caso. Lo prueba el hecho de que el heredero perjudicado que ejercita la acción carezca del derecho de pedir que se le satisfaga lo que falta en bienes del caudal y, por el contrario, esté a merced del heredero demandado consentir una nueva partición que remedie la lesión o, simplemente, indemnizarle el perjuicio. Por otro lado, y como consecuencia de lo dicho, el aplicar al caso que nos ocupa la acción de rescisión, provocaría dejar al arbitrio del heredero el total pago de la legítima en metálico o en bienes del caudal, lo cual es inadmisibles sin necesidad de mayor consideración. En última instancia, si aplicamos en este caso la rescisión por lesión, el legitimario resultaría de peor condición que si se le atribuyese como legatario, pues mientras que para éste hemos dicho que podrá exigir el pago de su legítima en bienes del caudal, en este otro caso, pese a haber sido instituido heredero por el testador y, por tanto, existiendo más motivos para presumir un mejor trato, no tendría derecho a exigir el pago de su legítima en bienes del as hereditario. Se impone, por tanto, buscar un remedio distinto a la rescisión.

Albaladejo, refiriéndose a la misma hipótesis de la que nos venimos ocupando, dice que en el caso de que el testador haya «incluido en el lote de cualquier heredero algún bien que no es del difunto, por ejemplo, dice el autor, uno ganancial, no impide que haya verdadera partición y a la vista del espíritu de nuestra ley, de conservar la partición mientras que sea posible, creo, termina Albaladejo, que no debe dar lugar sino a corregirla en lo que proceda, manteniendo el resto (138). Desde otro punto de vista, también podemos llegar a la misma solución que propugna Albaladejo. Si tenemos en cuenta que la situación material que se origina en el caso que nos ocupa, es que el causante ha atribuido al legitimario un bien que no existe en su sucesión, en sede de partición, esta situación es enteramente semejante a la que se produce cuando después de hacer la partición el testador ha enajenado algún o algunos de los bienes que conformaban el lote de un partícipe. Esta hipótesis, aunque el Código no la prevee, si ha merecido la consideración de la doctrina y además en relación con el supuesto de partición que a nosotros nos interesa, que es la verificada por el propio testador. Sánchez Román ya apuntó la conveniencia de limitarse, en caso de enajenaciones de los bienes, a modificar o adicionar la partición antes que anularla, apoyándose en los artículos 1.079 y 1.080 (139), pronunciándose en idénticos tér-

(138) ALBALADEJO, *Curso...*, cit., pp. 136 y 137.

(139) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, cit., p. 1991, refiriéndose en concreto a la partición realizada por el propio testador, decía que en las alteraciones o

minos Clemente de Diego (140). Roca Sastre considera que «aunque alguna de las personas que hubieren entrado en la partición se hubiese quedado sin bien alguno de los comprendidos en su lote, por efecto de los actos de disposición del causante, no será nula tal partición; igualmente, cuando ésta se hubiese hecho con preterición de algún heredero» (141). Como se observa, Roca, cuya opinión ha sido posteriormente secundada por De los Mozos (142), asimilan el supuesto de enajenación al de preterición en la partición, al que se refiere el artículo 1.080 que, naturalmente, nada tiene que ver con la preterición del heredero forzoso del artículo 814. Ciertamente, a los efectos, es lo mismo no adjudicar ningún bien en la partición al heredero previamente nombrado al no incluirlo en la misma (preterición participacional), que atribuirle bienes que no existen en el caudal.

Pues bien, este artículo 1.080, resuelve el problema de la preterición de algún heredero en la partición verificada por los propios interesados, ordenando que éstos paguen al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda, pero sin que ello dé lugar a la rescisión, como el mismo precepto establece, salvo que haya existido mala fe. Como el pago al que el precepto alude se entiende referido a bienes de la herencia (143), la partición, por tanto, en el caso de preterición, ni se anula ni se rescinde, sólo habrá lugar a modificarla en lo necesario para entregar al heredero bienes de la herencia suficientes para cubrir la cuota que el testador le atribuyera. Si esto es así en el caso de la partición verificada por los interesados, con mayor razón habrá de aplicarse igual consecuencia si la partición la ha practicado el propio testador. Con ello llegamos, por otro camino, a la misma conclusión que Albaladejo, en relación al supuesto que estudiamos de atribución de bien ganancial «por legítima» en la partición verificada por el testador.

Hay que advertir, por último, que la modificación de la partición que proponemos en este caso por aplicación del artículo 1.080, siguiendo al Profesor Albaladejo, requerirá el consentimiento de todos

enajenaciones de los bienes, «habrá de tenerse como criterio preferente, antes que anular la partición, mientras sea posible, limitarse a modificarla o añadirla en lo que fuere preciso, sin rescindirla, pues aunque el Código no provea a este supuesto, continúa este autor, ése es también su criterio para las particiones en general según los arts. 1.079 y 1.080.»

(140) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, cit., p. 446.

(141) ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, cit., p. 383.

(142) MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, cit., p. 229.

(143) VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil*, V, cit., p. 608, dice en relación al art. 1.080 del Código civil, que la palabra pago debe entenderse, «no en su sentido vulgar, sino en el jurídico, es decir, no en pagarle en metálico solamente, sino satisfaciendo su haber según las reglas legales de la liquidación, esto es, en cosas bienes y valores de la herencia, de la misma especie y calidad de los demás, de conformidad a los arts. 1.061 y concordantes». En el mismo sentido, ALBALADEJO, cit., p. 180.

los partícipes, incluyendo el perjudicado (144). Con ello resulta, dice Albaladejo, que el sistema montado por el artículo 1.080, da como solo fruto el permitir a cualquiera de los que partieron exigir el mantenimiento de lo que se hizo, sin tener que soportar que cuando se incorpora el omitido, alguno pretenda hacer una nueva distribución de la herencia (145).

De lo que acabamos de exponer se extrae la diferencia más notable que existiría entre que la atribución del bien ganancial se realice por vía particional y a título de heredero, o que se realice a título de legatario. Mientras que el heredero, como participe en la modificación, concurre y presta su consentimiento al lote de bienes del caudal que los herederos pretendan entregarle en pago de su porción, el que sólo es legatario no participa y ha de conformarse con lo que le ofrezcan los herederos, sin poder exigir más que su pertenencia al caudal del testador. En cambio, sí resultan equiparados el heredero y el legatario, en lo que respecta al derecho a participar en la división del haber ganancial.

(144) *Idem.*

(145) *Ibidem.*

