

# ¿A qué inventario y a qué citación se refiere el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil?

## ¿En qué medida es aplicable a Cataluña?

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EXAMEN DE LA DOCTRINA DE LOS AUTORES ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. *El comentario de MANRESA y su crítica.*—2. *La exposición de PUIG PEÑA y su crítica.*—3. *La tesis de la nulidad de la partición de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL y su crítica.*—4. *La posición de LACRUZ-SANCHO y su crítica.*—5. *Exposición crítica de la postura de ALBALADEJO.*—6. *Conclusiones del examen de la doctrina de los autores.*—III. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE ESTE PRECEPTO.—IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DEL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. LAS DOS FUNCIONES DEL INVENTARIO A QUE SE REFIERE EL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 1.057, SEGÚN MI INTERPRETACIÓN.—VI. LA PRIMERA FINALIDAD DEL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 1.057: FAVORECER O CUMPLIR EL REQUISITO DEL INVENTARIO RESPECTO A LA ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO: 1. *Argumento histórico.*—2. *Argumento gramatical, lógico y ortográfico.*—3. *Análisis comparativo sistemático del deber legal de inventario.*—4. *Análisis comparativo sistemático de la citación de acreedores y legatarios.*—5. *Las operaciones particionales como realización unilateral y exclusiva del comisario.*—6. *El testimonio de MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.*—VII. LA SEGUNDA FINALIDAD DEL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 1.057: SUPLENIR LA ACTACIÓN DEL JUEZ RESPECTO A LA REALIZACIÓN DEL INVENTARIO EN EL LLAMADO JUICIO NECESARIO DE TESTAMENTARIA: 1. *Apunte histórico.*—2. *Paralelismo entre el supuesto del párrafo 3.º del artículo 1.057 del Código y el juicio necesario de testamentaria.*—3. *Paralelismo entre el Código y la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al concepto de inventario.*—4. *Paralelismo entre ambos cuerpos legales respecto al requisito de la citación.*—VIII. COMPATIBILIDAD ENTRE AMBAS FINALIDADES DEL INVENTARIO.—IX. EL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 1.057 Y EL INVENTARIO COMO OPERACIÓN PARTICIONAL DE LA HERENCIA: RELACIÓN Y DIFERENCIACIÓN.—X. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA INTERPRETACIÓN AQUÍ MANTENIDA ACERCA DE LAS DOS FUNCIONES DEL INVENTARIO DEL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 1.057.—XI. ¿ES APLICABLE A CATALUÑA EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL? ESPECIALIDADES.—XII. REFERENCIA A LAS COMPILACIONES DE NAVARRA Y ARAGÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1.057 del Código Civil dice en su párrafo primero:

«El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.»

En su segundo párrafo, introducido en la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, se dice: «No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de Peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios».

Y en el párrafo último añade: «Lo dispuesto en este artículo y en el anterior (que se ocupa de la partición del testador) se observará, aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela; pero el comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios» (\*).

De este último párrafo del artículo 1.057 me voy a ocupar en este trabajo. Cabe separar los distintos epígrafes en dos partes: en un primer grupo de epígrafes o apartados se analiza sucesivamente la interpretación dada al precepto por la doctrina de los autores, por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; en los epígrafes que cabe considerar como una segunda parte, se expone la interpretación que aquí se defiende, sus fundamentos y las consecuencias prácticas de la misma.

El análisis de la doctrina de los autores y de la jurisprudencia proporcionará unos resultados más seguros para el lector que prefiera acogerse a posiciones tradicionales, pero al propio tiempo se pretende que revele

---

(\*) La reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 ha mantenido intacta la redacción de este párrafo, limitándose únicamente a colocarlo como párrafo tercero, al haber intercalado ese segundo párrafo del contador-dativo. La reforma se ha producido estando ya escrito y en pruebas de imprenta el presente estudio. Al no afectar al texto literal del párrafo se mantiene todo lo que en el presente estudio se contiene, después de haber hecho correcciones de citas de algún precepto reformado.

y deje al descubierto todos los puntos débiles de la interpretación más clásica o tradicional, con lo que quedará mejor preparado el camino para la exposición de la interpretación que mantengo, que, si bien podría parecer más aventurada, a mi modo de ver tiene una fundamentación más firme.

## II. EXAMEN DE LA DOCTRINA DE LOS AUTORES ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL

Ante todo, ha de advertirse que no hay propiamente «doctrina» acerca de este precepto, y ello porque apenas hay autores que se han ocupado de él, y además porque los que se han ocupado del mismo, no se puede decir que sigan una línea interpretativa uniforme, sino que dan una serie de opiniones sobre aspectos concretos del precepto.

La mayor parte de los autores mantiene un silencio interpretativo, limitándose a recoger su texto, sin dar ninguna explicación o desarrollo, y añadiendo, a lo sumo, alguna que otra resolución de la Dirección General de los Registros. Escuetas referencias aparecen, por ejemplo, en DE DIEGO (1), BONET (2), CASTÁN (3), ROCA SASTRE en sus notas a KIPP (4),

---

(1) Dice CLEMENTE DE DIEGO: «La única limitación del Código es que si hubiera menores de edad o sujetos a tutela, el partidor habrá de inventariar los bienes de la herencia con citación de los herederos, acreedores y legatarios (1.057)» (*Instituciones de Derecho Civil español*, tomo III, pág. 430, Madrid, 1932).

(2) «La partición hecha por Comisario es equiparable a la realizada por el propio testador, con la única excepción de que en el caso de que entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela, el Comisario habrá de inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios (art. 1.057, apartado 2.º)» (BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho Civil*, tomo V: *Sucesiones*, pág. 839, Madrid, 1965).

(3) «Tendrán éstos (los contadores) las (facultades) que el testador les haya concedido, y si se les nombra con todas las facultades del artículo 1.057 podrán realizar todas las operaciones divisorias, desde el inventario a la adjudicación. El Código sólo establece la limitación de que si entre los coherederos hay alguno menor de edad o sujeto a tutela, el Comisario debe inventar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios (art. 1.057, apartado 2.º).» Cita las Resoluciones de 31 de diciembre de 1909 y 5 de octubre de 1900 (CASTÁN: *Derecho Civil español común y foral*, tomo VI, vol. I, 7.ª ed., Madrid, 1969, página 280).

(4) ROCA SASTRE cita las Sentencias de 26 de noviembre de 1955 y 11 de abril de 1967 acerca de la forma de la citación del párrafo 3.º del artículo 1.057 del Código Civil, aludiendo también a la Ley 342 de la Compilación de Navarra (*Notas a Kipp: Derecho de Sucesiones*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1976).

ESPÍN (5), COSSÍO (6), DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS (7), etc. El silencio es significativo al objeto que aquí interesa, pues prescindiendo de si se debe o no al tono general de las obras en cuestión, lo cierto es que, en principio, puede revelar cierta indiferencia o falta de interés por parte de la doctrina, lo que obliga al monografista a intentar alguna explicación lógica del precepto.

Sólo algunos pocos autores han hecho comentario del párrafo último del artículo 1.057, aunque las más de las veces apenas sí llega a una página. En este sentido, pueden ser incluidos MANRESA, PUIG PEÑA, FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, LACRUZ-SANCHO y ALBALADEJO.

1. *El comentario de MANRESA (8).*—Interesa resaltar los siguientes párrafos:

«Esta citación (la del párrafo último del art. 1.057) no es necesaria, según la ley, cuando se trata de dividir entre herederos mayores de edad. En tal caso, ellos mismos, sin necesidad de citación, podrán cerciorarse de si el inventario es fiel y exacto y, en su caso, reclamar contra las inclusiones a exclusiones indebidas (véase el art. 1.079). En cuanto a los acreedores y legatarios, tan dignos de respeto en este caso como en el de ser los herederos menores o estar sujetos a tutela, véanse los artículos 1.082 y 1.083.»

(5) ESPÍN es algo más explícito que los demás autores. Dice: «La ley no ha establecido más que una limitación a las facultades divisorias de los partidores para el caso de que entre los coherederos figure algún menor de edad o sujeto a tutela, pues «el Comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios» (art. 1.057, apartado 2.º), refiriéndose después a la no necesidad de la aprobación judicial, «entendiéndose con acierto por la doctrina, la Dirección de los Registros y Tribunal Supremo —dice—, que el Código ha derogado en este punto el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Más adelante cita la Sentencia de 14 de diciembre de 1957 sobre la necesidad de nombramiento de defensor judicial para la diligencia del inventario, en caso de existir oposición de intereses entre el padre y el menor; y la Sentencia de 11 de abril de 1967 sobre la posibilidad de verificar la citación por cualquier medio hábil y sin que se exija la presencia de los citados (*Manual de Derecho Civil español*, vol. V: *Sucesiones*, 3.ª ed., Madrid, 1970, páginas 148 y 149).

(6) ALFONSO DE COSSÍO, en *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Madrid, 1975, página 998, dice: «Sus facultades (del Comisario) normales consisten en la formación de inventario, avalúo, división y adjudicación de los bienes de la herencia, ajustándose fielmente a la ley del testamento, siendo la partición que realice plenamente vinculante para los herederos, sin otra limitación que la de que, en el caso de que entre los herederos exista alguno menor de edad o sujeto a tutela, habrá de «inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios (art. 1.057, 2)».

(7) DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Instituciones de Derecho Civil*, volumen II, Madrid, 1974, pág. 668, se limitan a recoger el texto del precepto.

(8) MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1900, tomo VII, página 609.



«La asistencia a la formación del inventario de los coherederos o sus representantes legítimos, los legatarios y los acreedores en su caso, no es necesaria; basta su citación al efecto, enterándoles del lugar y día en que debe ser empezado. Siendo dicha citación un requisito necesario, el contador ha de hacerlo constar en la partición, y como su sola afirmación no debe bastar como prueba, en caso de ser contradicha, se hace preciso llenar ese requisito por medio de acta notarial, diligencias judiciales o intervención de testigos. Si la partición de la herencia se protocoliza y ha de inscribirse, esa necesaria circunstancia debe constar en forma que merezca fe. Sin embargo, dada la doctrina que viene admitiendo la Dirección General de los Registros, tenemos por cierto que la partición en que se hallan interesados *como herederos* personas menores de edad o sujetas a tutela, no será inscribible si no consta en modo alguno que se haya realizado la citación a coherederos, acreedores y legatarios; pero debe inscribirse cuando se afirme haberse hecho esa citación, aunque no resulte probada en debida forma, pues sólo a los interesados, y no al Registrador, corresponde, en su caso, impugnar la partición por ese defecto. De otro modo: la nulidad no es esencial y patente, el acto sólo es de posible anulación, por lo que es inscribible.»

«El deber el comisario inventariar los bienes de la herencia con citación de herederos, acreedores y legatarios es medida de precaución, tomada por el legislador en el exclusivo interés de estas personas; por lo cual, si ellas afirman que el inventario se ha practicado en esa forma, ha de otorgarse a su dicha entera fe y estimar cumplido en cuanto a dicho extremo el artículo 1.057 (Resolución de 13 de abril de 1892).»

*Crítica del comentario de MANRESA.*—La crítica a MANRESA comprende estas consideraciones:

1.<sup>a</sup> No explica el fundamento de la citación de acreedores y legatarios, pues dice que son tan dignos de respeto tanto si se trata de herederos mayores como de menores o incapaces. De aquí podría deducirse que si son tan dignos de respeto lo mismo en uno que en otro caso, no se explica la diferenciación y especialidad del párrafo tercero del artículo 1.057. Además, MANRESA nos remite a los artículos 1.082 y 1.083, y esta remisión hace que la crítica sea más fuerte, pues, por un lado, esos artículos no dicen nada acerca de los legatarios, con lo que queda sin explicar la citación de los mismos, y, por otro lado, el artículo 1.083 se refiere a los acreedores particulares de los herederos y no a los acreedores del causante, no teniendo aquéllos nada que ver con el inventario que debe realizar el contador-partidor, pues éste no tiene por qué inmiscuirse ni indagar acerca de si los herederos tienen o no deudas par-

ticulares. En cuanto al artículo 1.082, éste sí se refiere a los acreedores del causante, pero les confiere derecho a oponerse a que se haga efectiva la partición mientras no se les pague o afiance el importe de sus créditos, y no a la intervención en las operaciones particionales propiamente dichas. Por ello, la referencia a este artículo es acertada sólo si se entiende que el inventario del párrafo tercero del artículo 1.057 no es estricta operación particional, cosa que no defiende MANRESA.

2.<sup>a</sup> MANRESA trata de explicar el fundamento del artículo 1.057, párrafo tercero, colocándose en el supuesto contrario al del precepto, o sea, señalando lo que ocurre en el caso de ser los herederos mayores de edad. Hemos visto que dice que «en tal caso, los herederos mismos, sin necesidad de citación podrán cerciorarse de si el inventario es fiel y exacto y reclamar contra las inclusiones o exclusiones indebidas». Pues bien, si esto es así, habría que añadir que la citación tampoco sería necesaria hacerla a los coherederos mayores de edad en el supuesto de existir alguno menor o sujeto a tutela, pues también en este caso aquéllos pueden cerciorarse por sí mismos de si el inventario es fiel y exacto. Pero esto iría en contra del párrafo tercero del artículo 1.057 y, naturalmente, no lo defiende MANRESA. No obstante, con ello pretendo demostrar que la explicación dada no es satisfactoria.

3.<sup>a</sup> MANRESA hace una nueva remisión al artículo 1.079 del Código Civil, pero contraponiéndola al supuesto del artículo 1.057, párrafo tercero, como si aquél se aplicase sólo al caso de herederos mayores de edad. Ahora bien, el artículo 1.079 no distingue, por lo que tan aplicable es al supuesto de herederos mayores como menores.

4.<sup>a</sup> Dicho autor da una explicación de la doctrina de la Dirección General de los Registros que no es convincente. Dice que «la nulidad (de la partición sin el requisito de la citación al inventario) no es esencial y patente, el acto sólo es de posible anulación, por lo que es inscribible». Sin entrar ahora en el problema de la nulidad, de lo cual me ocuparé al comentar la posición de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, lo que no es admisible es imaginar que si un acto adolece de nulidad no esencial puede ser inscrito. La doctrina de que los actos anulables son inscribibles carece de consistencia y no ha sido recibida, en general, ni por los autores ni por la jurisprudencia, ni por la legislación. El Registrador debe calificar la validez de los actos dispositivos, según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y esto se refiere tanto a la nulidad absoluta como a la anulabilidad, como al acto eventualmente nulo, sin perjuicio de diferenciarse el defecto en subsanable o insubsanable, según se trate de acto anulable o nulo.

En cambio, hay que comentar favorablemente lo que dice MANRESA a propósito de la forma y el alcance del requisito de la citación. En

cuanto a la forma, es acertado enfocar la cuestión como un problema de prueba, pues, efectivamente, puede ser hecha en cualquier forma; pero a efectos de prueba, se siguen las reglas generales y, por tanto, puede hacerse la citación por acta notarial, diligencias judiciales o intervención de testigos. Respecto al alcance del requisito, es también acertado decir que basta la citación, y que no es necesaria la asistencia, y que en la citación ha de enterárseles a acreedores, herederos y legatarios del lugar y día en que ha de ser empezado el inventario.

2. *La exposición de PUIG PEÑA* (9).—Recojiendo cierta orientación jurisprudencial, dice PUIG PEÑA que «nuestro Código Civil ha derogado en este párrafo del artículo 1.057, el artículo 1.049 de la Ley de Trámites, ya que sólo exige la *formación de inventario* con la citación de los herederos». Y por si hubiere alguna duda acerca de su interpretación, añade a pie de página: «La innecesidad de la aprobación judicial, sustituida por la formación del inventario con citación de los interesados, es reiterada en la casación, como ya hemos indicado».

Después entra ya en aspectos concretos del precepto: «La solución del Código ha ofrecido, no obstante, alguna problemática: ¿Cuándo, dónde y en qué forma debe el contador-partidor citar a los coherederos, legatarios y acreedores para que acudan, si lo estiman conveniente, a la formación del inventario?» Y contesta así: «Como dice muy bien COVIÁN, esto se ha de hacer empleando *forma auténtica*, a fin de que conste que se ha llenado este requisito, sin el cual el inventario y, por tanto, la partición, pueden llevar consigo la nulidad. Ahora bien: no hace falta que la citación sea judicial, sino que puede hacerse por Notario, aunque debe siempre verificarse con la antelación suficiente para que los citados puedan asistir a la formación del inventario, constando ello en acta extendida ya por el Secretario, ya por el Notario». Y termina diciendo: «¿Qué sucederá si falta dicha citación? Ya hemos dicho —añade— que se produce la nulidad del inventario y de la partición subsiguiente; pero la Dirección General ha declarado que la falta de citación puede quedar virtualmente subsanada cuando los interesados manifiesten su conformidad con las operaciones particionales (Resolución de 5 de octubre de 1900)». «¿Quid de la representación de los menores? Aunque ello puede suponer la intervención de personas extrañas, por los menores o incapacitados deben ser citados sus representantes legítimos, los cuales también en el caso de no ser llamados pueden evitar la nulidad expresando su conformidad con las operaciones de partición (Resolución de 5 de octubre de 1900).»

(9) PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho Civil español*, tomo VI: *Sucesiones*, 2.ª ed., Pamplona, 1972, pág. 72.

*Comentario crítico de la exposición de PUIG PEÑA.*—Se concreta en las siguientes observaciones:

1.<sup>a</sup> Por ningún lado parece que el requisito del inventario y de la citación sea un sustitutivo de la aprobación judicial de la partición, a que se refiere el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esto interesa resaltarlo, pues se trata de actos jurídicos que nada tienen que ver entre sí. El inventario aparece como un acto distinto de las operaciones particionales en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, según veremos después, y la aprobación judicial, en cambio, es una actuación posterior a las operaciones particionales, que presupone que éstas se han hecho adecuadamente según el Juez. Cosa diferente es decir que el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está derogado en este aspecto parcial por el Código Civil. Pero el argumento no es ése de que la aprobación judicial haya sido sustituida en el Código por el inventario y la citación realizados por el contador, sino otro distinto: el derivado de la primera parte del párrafo tercero del artículo 1.057, cuando el Código equipara la partición de contador a la del testador en todo, salvo en lo relativo al deber de inventario. Y como, según la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, no es necesaria la aprobación judicial cuando se trate de partición realizada por el testador, la equiparación del Código debe llevar a esa misma consecuencia, máxime teniendo en cuenta el expresivo silencio del precepto acerca de la aprobación judicial.

En cuanto a la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros sobre este punto, después veremos que la argumentación de la misma no tiene por qué ser precisamente la que deduce PUIG PEÑA, cabiendo otra interpretación.

El interés en rebatir la argumentación de PUIG PEÑA sube de punto si se tiene en cuenta que el párrafo tercero, última parte, del artículo 1.057 puede sufrir alguna matización en su aplicación a Cataluña, y no por eso podrá decirse que revive allí la aprobación judicial de la partición establecida en el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que nada tiene que ver, según acabo de decir, con el acto jurídico de inventario previo a la partición.

2.<sup>a</sup> Aunque no resulta del todo claro cuál es el pensamiento de PUIG PEÑA cuando cita a COVIÁN respecto a la forma de la citación al inventario, parece que sólo admite la forma auténtica, si bien en sus dos modalidades de judicial y notarial. En esta cuestión, creo que es mucho más concluyente la opinión de MANRESA, que hemos visto admite cualquier forma acreditativa de que se ha realizado la citación y no necesariamente la forma auténtica.

3.<sup>a</sup> Tampoco puedo compartir el fulminante y grave efecto que

asigna a la falta de citación. Bien está que se diga que produce la nulidad del inventario. Pero, en cambio, es exagerado añadir que también da lugar a la nulidad de la partición. De esto me ocuparé ahora, al comentar la opinión de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, que es quien razona más extensamente la cuestión.

3. *La tesis de la nulidad de la partición de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL.*— En un artículo publicado en junio de 1968, en la *Revista de Derecho Privado*, titulado «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por comisario» (10), FÉLIX HERNÁNDEZ GIL se ocupa de la nulidad resultante de la falta de formalidades, incluyendo el supuesto de falta de citación al inventario.

En el planteamiento general que hace acerca de la invalidez de las particiones hechas por comisario, prepara el camino para la tesis que defiende sobre el efecto de la falta de citación al inventario, ya que dice que «la invalidez debe arrancar necesariamente de una fase coetánea a la realización de la partición, ya sea porque esté en pugna con una norma imperativa, porque falte en su estructura alguno de los elementos esenciales de todo negocio o bien porque la partición adolezca de vicios en el consentimiento de quien lo realiza». Por otro lado, advierte que junto a la «invalidez textual» (art. 1.081 del Código Civil), no puede desconocerse la «invalidez virtual, supuesto que se produce cuando no existiendo una disposición explícita que fije la invalidez de la partición, falte en ella un requisito definido como norma abstracta aplicable a cualquier tipo de negocio».

Pero es cierto que también expone algunas ideas que pueden llevar a la solución contraria de la que luego defiende en concreto respecto a la falta de citación al inventario, como las siguientes: «El texto normativo expone con algún detenimiento la impugnabilidad de las particiones (artículos 1.073 a 1.080), pero carece de normas específicas relativas a la invalidez del negocio particional, si se exceptúa la prevista en el artículo 1.081, situada bajo la rúbrica de la rescisión. Esta irregular regulación de la invalidez textual de las particiones origina situaciones de difícil interpretación resueltas sólo merced al principio de la conservación de la partición o del *favor partitionis*. Por consiguiente, toda partición hay que presumirla válida; la invalidez es ponderada como excepción». Y más adelante, después de añadir que el artículo 1.056 recuerda que «se pasará por la partición de testador en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos» y de aludir a la partición por comisario, añade que «el principio de la conservación de la partición fue acogido ya por SÁNCHEZ ROMÁN. Es manifiesta —dice— la ten-

---

(10) *Revista de Derecho Privado*, año 1968, págs. 524 a 544.

dencia del Código Civil a evitar cuanto sea posible que las particiones se anulen o se modifiquen, procurando bajo el influjo de este propósito apurar todos los recursos y soluciones antes de llegar a la nulidad y aun a la modificación de la partición de herencia. El propio Tribunal Supremo hizo aplicaciones del principio tendente a mantener las particiones ya realizadas en cuanto sea posible, sin perjuicio de realizar las adiciones o rectificaciones precisas (Sentencias de 17 de abril de 1943, 5 de noviembre de 1955 y 30 de abril de 1958)».

Tómese nota de estas declaraciones de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, pues constituyen un buen argumento en contra de su propia interpretación del párrafo último del artículo 1.057, que seguidamente se expone.

En el epígrafe «nulidad por falta de formalidades», dice: «La simple facultad de hacer la partición (art. 1.057) está integrada por un conjunto de operaciones que en su totalidad originan la organización interna de la partición y son necesarias para determinar el presunto haber partible; la falta de esas operaciones da lugar a una partición nula, o mejor aún, a una partición inexistente. El Código Civil no menciona estas reglas u operaciones imprescindibles a la mecánica particional, pero no cabe duda de que para obtener la cesación del estado de comunidad por división y adjudicación del causante, hay que pasar por operaciones precedentes; las reglas sustanciales traen su causa y su concreción merced a la práctica de ciertas operaciones cuya existencia se deriva de los artículos 1.046 y 1.077 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: inventario, avalúo, colación, liquidación y división. Así como la carencia de inventario hace inimaginables las operaciones que le subsiguen, su inexactitud hará que tales operaciones sean erróneas. Si la omisión de bienes en el inventario no da lugar a una nueva partición, con lo que la partición de que forma parte es válida (art. 1.079 del Código Civil), la omisión del inventario como acto jurídico material impide la partición; a la omisión del inventario debe equipararse el inventario que no reúna las más elementales condiciones exigibles para ser calificado de tal, cuales son la relación exacta, detallada y completa de los bienes que constituyen el activo apreciados en su valor real, así como la de todos los que integran el pasivo también debidamente valorados para poder fijar así el saldo partible resultante (Sentencia de 19 de febrero de 1960)».

Antes de seguir adelante conviene detenerse en el análisis de una serie de presupuestos tópicos del razonamiento de este autor. Ya que alude a la «simple facultad de hacer la partición», a que se refiere el párrafo primero del artículo 1.057 del Código, no estará de más anticipar que si el párrafo último le encomienda al contador otro deber y facultad, la de hacer inventario en un supuesto específico, la conclusión lógica sería interpretar que ese inventario representa una operación diferente

de las que constituyen la simple facultad de hacer la partición. Acerca de esto, se insistirá más adelante. Por otra parte, reconoce que el Código Civil no señala las operaciones imprescindibles de la mecánica particional, pero en vez de sacar la consecuencia adecuada en relación con ese silencio del Código, silencio que habría que llevar a una interpretación flexible de cuáles han de ser las operaciones particionales, no lo entiende así, sino que considera como reglas sustanciales las que la Ley de Enjuiciamiento Civil señala en los artículos 1.046 y 1.077, citando el inventario, el avalúo, la colación, la liquidación y la división. Además, olvida que el artículo 1.077 no se refiere propiamente a la operación de inventario, sino a una mera relación descriptiva de bienes, y que la operación de inventario es considerada en la Ley de Enjuiciamiento Civil fundamentalmente como una operación aparte de las operaciones particionales propiamente dichas, según se tratará de demostrar en su momento. Por otro lado, resulta extraña la distinción que hace entre *omisión de bienes en el inventario* y *omisión de inventario*, por lo menos a efectos de la cuestión de la nulidad de la partición, ya que si la omisión de bienes no da lugar a la nulidad de la partición (art. 1.079 del Código Civil), no se explica que el acto de inventario, que tiende a evitar que se produzca esa omisión de bienes, pueda dar lugar, si adolece de algún defecto, a la nulidad de la partición. Además, el autor parece mezclar de algún modo el inventario con el avalúo, cuando cita la Sentencia de 19 de febrero de 1960, a pesar de tratarse de dos operaciones diferentes.

Después de aquellas declaraciones, que acabamos de criticar, FÉLIX HERNÁNDEZ GIL se encara directamente con el párrafo último del artículo 1.057 del Código, y su interpretación es la siguiente:

«Cuestión de interés es la planteada por el párrafo segundo (hoy tercero) del artículo 1.057 del Código Civil; en él se ordena al comisario inventariar los bienes de la herencia con *citación* de los coherederos, acreedores y legatarios cuando entre los primeros haya alguno menor de edad o sujeto a tutela. Lo que en este momento interesa aclarar son las consecuencias de la falta de citación para el inventario. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1955 declara 'que sean cualesquiera el alcance y efectos de la citación, es indiscutible que la ley la reputa necesaria' y concede al inventario una importancia excepcional'. La citación es válida cualquiera sea la forma en que se haga (Sentencia de 11 de abril de 1967), siempre que contenga indicación del objeto, lugar y fecha; pero la falta de citación afecta decididamente a la validez de la partición por ser una formalidad esencial. Afirmamos, pues, que el inventario formalmente incorrecto es nulo como tal acto y provoca, además, la ineficacia de la partición concluida por el comisario. La norma que contiene el párrafo 2.º del artículo 1.057 no es, ciertamente, califi-

cable de *leges perfectae*, dado que no declara nulo el acto realizado en contra de ella; al no aparecer sancionada expresamente la consecuencia de su proyección formal podría pensarse que el precepto entra en la categoría de *leges imperfectae*, carente de sanción. Es obvio, por tanto, que ni el artículo 1.057, párrafo 2.º, ni otros análogos de la esfera legal de la partición, llevan aparejada sanción alguna para el acto de formalización defectuosa del inventario. Tampoco debe desconocerse que falta un elemento que la norma impone imperativamente como previo al acto jurídico del inventario; nos hallaríamos frente a un acto jurídico incompleto, dependiendo su posterior eficacia de dos circunstancias: si puede o no ser completado o revalidado y si el elemento que falta es o no esencial.»

Toda la exposición que resulta de este párrafo parece que habría de llevar precisamente a la solución contraria a la que el autor pretende, es decir, a la no nulidad de la partición. Si se trata de una norma que no impone la sanción de la nulidad y a eso se añade lo que el propio autor había dicho en el planteamiento general —recuérdese lo del principio de *favor partitionis*—, parece que las infracciones en el tema del inventario o de la citación al mismo, no deberían repercutir en la validez de la partición. En lugar de interpretar que el deber de inventariar es una obligación que la ley impone al comisario, cuyo incumplimiento produce los efectos de todo incumplimiento de obligaciones, es decir, el poder ser compelido a cumplir el deber legal, así como a indemnizar los daños y perjuicios que por ello se hubieren causado, se dice que ello afecta decisivamente a la validez de la partición. En cuanto a la cita de la Sentencia de 26 de noviembre de 1955, luego me ocuparé de ella, pero desde ahora ya advierto que no es convincente. Concluyendo un poco este paréntesis crítico, hay que decir que si bien los defectos en el inventario y en la citación pueden repercutir en la validez del acto jurídico de inventario, no se ve por qué han de repercutir en el acto jurídico de partición, sobre todo no habiendo demostrado que la partición que contempla el Código Civil comprenda entre sus operaciones típicamente particionales —o sea, del negocio mismo de partición— el deber legal de realizar un inventario de los bienes con la citación de determinados interesados.

Ante la necesidad en que se ve FÉLIX HERNÁNDEZ GIL de redondear sus argumentaciones, expone seguidamente las razones en que se apoya para demostrar que el acto de inventario ha de ser previo a las demás operaciones particionales y que el elemento de la citación es esencial para el inventario y para la partición.

«Pensamos —dice el autor— que no puede ser completado (el inventario) una vez consumadas las demás operaciones particionales por-



que la citación sólo pudo realizarse eficazmente en una época determinada: al tiempo de la confección del inventario; si el Código obliga a que el inventario se perfeccione con citación de determinadas personas, una vez concluidas las otras operaciones posteriores es totalmente imposible completar el acto jurídico del inventario como operación preliminar.»

La crítica de este argumento es la siguiente: se parte de la base de que existe una especie de preclusión procesal en las operaciones particionales, cuando del Código Civil no resulta tal cosa, y si éste no señala ni siquiera cuáles son esas operaciones particionales, mucho menos admisible es interpretar que las mismas actúan como fases preclusivas y rígidamente sucesivas; y todavía menos admisible es señalar el efecto de nulidad absoluta de la partición por defectos en esa supuesta sucesión de fases u operaciones. Además, se parte del presupuesto de que el inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código es una de las operaciones particionales, cosa que hay que demostrar, pues también existen argumentos, que después se desarrollarán, en favor de la configuración de ese inventario como una operación distinta de las típicas operaciones particionales.

Continúa HERNÁNDEZ GIL con un segundo argumento: «Además, el elemento que falta en la formalización del inventario es esencial. Viene normativamente impuesto por razones sustanciales basadas en la protección especial dispensada a los menores e incapacitados. El requisito en estudio forma parte de la estructura del acto particional. El inventario, como un todo inescindible jurídicamente, es un acto de cumplimiento y un negocio declarativo, en cuanto que con él viene a delimitarse e individualizarse de modo preciso la consistencia de la entidad patrimonial a dividir. Mas ¿es requisito no eliminable del inventario la citación y posible intervención de las personas que individualiza el artículo 1.057, párrafo 3.º, del Código Civil? La realización de las operaciones que lo componen incumbe al comisario; el impulso de su formación está a él encomendado. Pero los coherederos, acreedores y legatarios necesariamente han de ser citados; y su actividad no debe reducirse a aceptar el inventario ya formalizado, pues si así fuera la ley habría considerado suficiente la mera notificación de su conclusión a los interesados. Notificar el inventario y citar para el inventario son conceptos distintos. Surge el primero cuando se lleva a conocimiento de alguien la actividad material ya realizada por el notificante (comisario), y en sí es sólo un acto de noticia o información; en la citación para el inventario, la intención del notificante (comisario) parte de la presunta realización por el notificado de una actividad subsiguiente al acto formal de la notificación. De esta manera configurada la citación para el inven-

tario, en el artículo 1.057, párrafo 3.º, actúa como elemento formal indispensable para que el acto de que forma parte sea jurídicamente completo y produzca los efectos previstos como operación particional previa». Después recalca que el artículo 1.057 sólo exige la citación, pero no la asistencia, y que si los citados comparecen, su actividad no se limitará por norma a presenciar el inventario y comprobar las operaciones, sino que podrán cerciorarse de si el inventario es fiel y exacto, y, cuando proceda, reclamar contra las inclusiones y exclusiones indebidas, citando a este propósito la Sentencia de 26 de noviembre de 1955, a la que luego también se refiere para destacar la necesidad de nombrar un defensor judicial de los menores o incapacitados cuando hayan de ser citados a la formación del inventario y tengan intereses opuestos con sus padres en tal aspecto.

Desde el punto de vista crítico, hay que separar diversas cuestiones que aparecen en esta parte final de la exposición de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL. Nada que decir respecto a la distinción entre citación y notificación, ni a la puntualización de que basta la citación sin que sea necesaria la asistencia de los citados, ni a la idea de que los citados no tienen por qué limitarse a presenciar el inventario. En cambio, la cuestión central que se expone, es decir, el argumento de que la partición es nula si falta la citación al inventario porque tiene su fundamento en la protección especial dispensada a los menores e incapacitados, no es convincente. Si así fuera, no se explicaría la citación de acreedores y legatarios y de coherederos mayores de edad, pues bastaría citar exclusivamente a los representantes legales de los menores de edad o sujetos a tutela. Si la citación se extiende a todos esos interesados es porque hay algo más en el fondo del acto de inventario, y no sólo aspectos de partición de herencia y de protección de menores e incapacitados en cuanto a sus derechos en la partición. Acerca de qué es lo que hay detrás del requisito del inventario y de la citación, me remito a lo que diré más adelante. Aquí basta señalar que no es satisfactoria la explicación que se pretende dar a través de la partición de herencia exclusivamente.

En pocas palabras, que bien está que se diga que la falta de citación da lugar a la nulidad del acto de inventario, pero no así a la nulidad de la partición. Si a ello se añade que la nulidad que contempla FÉLIX HERNÁNDEZ GIL es la nulidad absoluta o radical de la partición y no la simple anulabilidad, se terminará de comprender que esta posición es exagerada por la trascendental importancia que atribuye a la citación al acto de inventario y a los defectos de dicha citación en relación con el negocio particional, nada de lo cual resulta del Código Civil, según se verá en su momento.

4. *La posición de LACRUZ-SANCHO y su crítica.*—LACRUZ-SANCHO (11) dedican casi una página en letra pequeña al párrafo último del artículo 1.057. A efectos de su exposición crítica, conviene resaltar lo siguiente:

En cuanto a la explicación o fundamentación de la citación al inventario, dicen: «La presencia de los menores e incapaces, pues, determina no la aprobación judicial, sino una distinta medida de control general: todos —no sólo los representantes de los menores— reciben idénticas facultades de intervención, concurrentes y en interés común en sus fases iniciales, facultades que no tiene nadie en otro caso, quedando garantizados los intereses de todos por la vigilancia de cada uno». Esta explicación, que podríamos denominar «del control general», es criticable, a mi modo de ver, pues no se adapta al sistema legal vigente sobre protección de menores. Si lo que le preocupa al legislador, en principio, es la presencia de menores e incapaces, lo lógico sería aplicar la normativa existente sobre dicha protección, y no inventar un nuevo sistema de protección a través de un supuesto control general de todos en interés de todos. Si así fuera, también podría prescindirse de la aprobación judicial de la partición, en el supuesto de partición realizada por los herederos, existiendo menores representados por persona distinta de los padres, ya que también en ese caso puede hablarse del control general. Con todo esto quiero decir que tiene que haber algo más en el fondo del párrafo último del artículo 1.057 del Código, que a través de esta pretendida fundamentación queda sin explicar.

Respecto a la influencia de la falta de citación al inventario en la validez de la partición, dicen LACRUZ-SANCHO: «Según FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, la falta de citación afecta decisivamente a la validez de la partición, por ser una formalidad esencial, y no se puede sanar una vez consumadas las demás operaciones particionales, porque aquélla sólo pudo realizarse legalmente en una época determinada: al tiempo de la confección del inventario; además, es un requisito de protección de los menores e incapacitados y, por tanto, esencial». Esta cita sin contradicción parece significar que LACRUZ acepta la interpretación de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL. Pues bien, en tal caso, todo lo que acabo de decir al hacer la crítica de la exposición de dicho autor, cabe trasladarlo aquí, pues no cabe aceptar esa pretendida nulidad de la partición por falta de citación al inventario, ni mucho menos que el defecto no se pueda sanar, como si se tratase de un defecto insubsanable y de un caso de nulidad absoluta de la partición.

Por otro lado, parece que LACRUZ-SANCHO participan en alguna medi-

---

(11) *Derecho de Sucesiones*, I, págs. 248 y 249, Zaragoza, 1971.

da de esa interpretación que recogía PUIG PEÑA de que el requisito del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil sustituye a la aprobación judicial de la partición, a que se refería el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No lo dice de forma terminante, pero hay algunos indicios en tal sentido. Así, en nota a pie de página advierte que «el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exigía en el mismo supuesto y en el de ausencia la aprobación judicial, mas en cuanto a menores e incapacitados está derogado por el Código Civil, según aceptan el Tribunal Supremo y la Dirección General sin contradicción». Ya vimos que, efectivamente, el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está derogado en tal aspecto, pero no por la última parte del párrafo segundo del artículo 1.057 del Código Civil, sino por la primera parte de dicho párrafo, ya que el inventario y la citación nada tienen que ver con la aprobación judicial de la partición. Recuérdese también otro indicio de tal posición en las palabras de LACRUZ-SANCHO antes comentadas: «La presencia de menores e incapaces, pues, determina no la aprobación judicial, sino una distinta medida de control general». Claro que esta frase admite doble interpretación: una, que la aprobación judicial es requisito muy diferente de la citación al inventario y, por ello —añado yo por mi cuenta—, no ha podido ser tal citación sustitutivo de la aprobación judicial, y otra, que aun siendo la aprobación judicial requisito diferente, la formalidad del último párrafo del artículo 1.057 sustituye y hace innecesaria aquélla.

En fin, LACRUZ-SANCHO también comentan aspectos concretos del párrafo último del artículo 1.057, aparte de los ya indicados, que merecen crítica favorable. Así, dicen acertadamente que «el cumplimiento de la citación puede, en principio, acreditarse por cualquier medio» y que «no es necesario que la citación reúna los requisitos por los artículos 270 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo válida de cualquier forma que se haga siempre que contenga la indicación del objeto, lugar y fecha» (Sentencias de 26 de noviembre de 1955 y 11 de abril de 1967), y «en todo caso, cualquier defecto se tiene por subsanado cuando comparecen a la diligencia los citados a ella». Recuerda también con acierto que «no se exige la asistencia al inventario de los herederos o representantes legales, sino, simplemente, la citación a su práctica». Y que «la citación de los incapaces deberá ser hecha en la persona de su representante legal, nombrándoseles un defensor judicial en el caso de incompatibilidad de intereses con el padre o madre, si bien tal incompatibilidad es más difícil que se produzca en el otorgamiento del inventario, puesto que no es representante quien parte, y se limita a intervenir junto con otros herederos, legatarios y acreedores, a fin de que se guarde la debida probidad en dicho inventario».

5. *Exposición crítica de la postura de ALBALADEJO* (12).—Este autor, con su habitual profundidad, dedica algo más de una página al párrafo segundo del artículo 1.057 del Código, siguiendo, más o menos, la línea de los autores anteriormente estudiados.

Podemos sistematizar su posición distinguiendo tres aspectos:

1.º Se limita a ver únicamente el aspecto de operación particional de la citación al inventario, a pesar de que tal requisito nada tiene que ver con la realización de la partición en sentido estricto. Por un lado, incluye el análisis del precepto dentro del epígrafe «la realización de la partición». Y, además, dice lo siguiente: «Aunque no es propiamente forma, sino trámite que debe observarse para partir, hay que señalar que cuando no sean capaces todos los comuneros entre los que se parte, el contador deberá inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, según dice el artículo 1.057, 2.º (hoy 3.º), del Código Civil, y la Ley 342 de la Compilación navarra, que exceptúa del trámite si el causante dispensó de él».

Por nuestra parte, ya hemos anticipado, y más adelante lo desarrollaremos, que desde el punto de vista de las operaciones particionales no tiene adecuada explicación el requisito de citar al inventario a acreedores y legatarios, por lo cual la posición de ALBALADEJO merece la misma crítica anteriormente expuesta. -

2.º Como consecuencia de lo anterior, ALBALADEJO es de los que creen que la falta de citación al inventario produce la nulidad de la partición. En este sentido, dice lo siguiente: «La citación ha de hacerse previamente al inventario, y si no la partición es inválida, porque se trata de que se pueda asistir y fiscalizar aquél». «Lo que invalida es la no citación, no la no comparecencia del citado al acto de inventariar». A pie de página, cita la Sentencia de 15 de octubre de 1973, cuyo comentario crítico después expondré, y a FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, cuya crítica hemos visto con anterioridad.

En este aspecto, me remito, pues, a lo que antes he tratado de rebatir respecto a la teoría de la nulidad de la partición por defectos de la citación.

3.º Aparte de los dos aspectos anteriores, ALBALADEJO expone diferentes puntos concretos relativos al párrafo 3.º del artículo 1.057, con cita de varias resoluciones de la Dirección y sentencias del Tribunal Supremo, ocupándose concretamente de los siguientes puntos: «si se trata de menor emancipado, no hace falta cumplir el trámite de que se trata (Resoluciones de 7 de enero de 1907 y 30 de enero de 1911)»; «mien-

---

(12) ALBALADEJO: *Derecho Civil*, tomo V: *Derecho de Sucesiones*, vol. I, 1979, páginas 347 y 348.

tras viva el fiduciario», no hay que citar al «fideicomisario de residuo (Sentencias de 8 de marzo de 1926 y 22 de enero de 1969)»; «no se exige forma especial para ser hecha» la citación (Sentencias de 26 de noviembre de 1955 y 11 de abril de 1967), «pero requiere ser justificada fehacientemente (Resoluciones de 18 de agosto y 21 de diciembre de 1909)»; «la citación deberá contener los datos adecuados (indicación del objeto, lugar, fecha, etc.), pero cualquier defecto se tiene por subsanado si comparecen los citados (Sentencia de 26 de noviembre de 1955)»; en el caso del incapaz intervendrá su representante legal, y si es el padre o madre al que corresponde la representación, y tiene interés contrapuesto al hijo, el defensor judicial que, con arreglo al artículo 165 (re refiere al antiguo) del Código Civil (y Ley 65 de la Compilación navarra), se le nombre (a instancia inclusive del propio contador)».

Al tratar de todas estas cuestiones, merece crítica favorable la exposición de ALBALADEJO, pues revela un mayor interés, insólito en la doctrina común, por el párrafo último del artículo 1.057 del Código, pero esa crítica favorable queda ensombrecida por el enfoque general del precepto explicado exclusivamente desde la perspectiva de la partición, y por el fulminante efecto de nulidad de la partición que atribuye a la falta de citación al inventario, según he indicado en los dos puntos anteriores.

6. *Conclusiones del examen de la doctrina de los autores.*—Aunque propiamente no se puede hablar de «doctrina», sino de varias opiniones distintas entre sí, cabe llegar a unas conclusiones derivadas del examen de las posiciones estudiadas:

1.<sup>a</sup> Se parte, al parecer, por todos los autores, de que el inventario del párrafo último del artículo 1.057 es exclusivamente *la operación particional de inventario*, sin preocuparles la indagación de si cabe otra interpretación diferente. Pero la citación de coherederos, acreedores y legatarios no tiene explicación desde esta perspectiva del inventario como operación particional.

2.<sup>a</sup> Enlazando con lo anterior, se suele entender que la *ratio* del párrafo último del artículo 1.057 es exclusivamente *la protección* de menores o incapacitados *en la partición de herencia*, con lo que se olvida que entonces no se explica esa citación al inventario de herederos mayores, acreedores y legatarios.

3.<sup>a</sup> Se mantiene por los autores que la falta de citación al inventario o la citación defectuosa repercute en la validez de la partición, si bien alguno advierte que se trata de «nulidad no esencial» o no distingue, y, en cambio, otros aluden a nulidad absoluta por falta de formalidades (FÉLIX HERNÁNDEZ GIL).

4.<sup>a</sup> Hemos visto que hay quien ve en el inventario y citación del

párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil un sustitutivo de la aprobación judicial de la partición del artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se trata de cuestiones diferentes que no tienen que ver demasiado entre sí.

### III. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La Dirección General se ha ocupado con bastante frecuencia de la interpretación del párrafo segundo (hoy tercero) del artículo 1.057 del Código Civil, no siendo tarea fácil esquematizar las declaraciones de las diferentes resoluciones. Se puede intentar a base de destacar los puntos que se expresan a continuación:

1.º En una resolución se recoge una frase, en forma de *obiter dictum*, pero que va a tener gran influencia en las sentencias del Tribunal Supremo que después se verán. Me refiero a la expresión que aparece en la Resolución de 13 de mayo de 1916 (en un caso del Registro de Ocaña) así: «Sean cualesquiera el alcance y efectos de esta citación, es indiscutible que la ley la reputa necesaria y concede al inventario una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre que descansan las operaciones particionales» (considerando primero).

Esta frase revela una grave falta de profundización en el problema, pues mal se podrán resolver casos concretos que plantea la aplicación del precepto si se muestra esa indiferencia sobre «el alcance y efectos de la citación». Nadie discute que si la ley la reputa necesaria hay que cumplirla; lo que se discute precisamente es el alcance y efectos del requisito, y concretamente si afecta o no a las operaciones particionales. En cuanto a la afirmación de que la ley concede al inventario una importancia excepcional como base fundamental de las operaciones particionales, parece que la resolución toma partido por la interpretación del párrafo último del artículo 1.057 desde la perspectiva exclusivamente particional. Pero falta por demostrar esa importancia excepcional del inventario como base de las operaciones particionales, pues dentro del Código Civil no resulta tal cosa, ya que ni lo menciona entre las operaciones de partición de herencia, refiriéndose a él únicamente en el párrafo último del artículo 1.057 del Código, que es el que se trata de interpretar.

Insisten en esta pretendida importancia del inventario las Resoluciones anteriores de 4 de diciembre de 1912 y de 17 de julio de 1915.

En la Resolución de 4 de diciembre de 1912 (en un caso del Registro

de Rute), para fundamentar la necesidad de citar al defensor judicial de los menores, se dice que «la citación de los coherederos, acreedores y legatarios, a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil, atendida la importancia que este Cuerpo legal concede al acto del inventario, y que realmente tiene para los interesados...». Con esa misma finalidad, la Resolución de 17 de julio de 1915 dice: «Atendida la importancia que tiene el inventario, exige el artículo 1.057 del Código Civil que cuando entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela, debe el Comisario citar para la formación del mismo a todos los coherederos, acreedores y legatarios, debiendo intervenir en nombre de dichos menores o incapacitados sus representantes legales y, por tanto, los defensores judiciales de los sujetos a la patria potestad, cuando existen intereses contradictorios entre éstos y el padre o madre respectivos, como preceptúa el artículo 165 (el antiguo) del expresado Cuerpo legal».

2.º Se ocupa con frecuencia la Dirección de la forma de acreditar la citación a efectos de inscripción de la partición. En este punto existe una doble tendencia jurisprudencial.

Según una primera tendencia, para poder inscribir la partición debe acreditarse que el contador hizo la citación al inventario. Así, para la Resolución de 18 de agosto de 1909 (caso del Registro de La Rambla) no es suficiente la manifestación del Comisario, pues ha de acreditarse por documento fehaciente la citación: «La cuestión principal sobre que han girado las alegaciones del presente recurso, es la de determinar los efectos que produce el no aparecer justificada fehacientemente en las operaciones particionales, cuya inscripción se ha denegado, la citación para el inventario de bienes de todos los herederos y acreedores, a pesar de existir menores interesados en las mismas». Y considera la existencia de defecto porque en la escritura particional no consta «de un modo fehaciente» que la coheredera «hubiese sido citada para la formación del inventario». La Resolución de 21 de diciembre de 1909 (caso del Registro de Priego de Córdoba) confirma la anterior diciendo que «la disposición del párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código Civil debe ser exactamente cumplida cuando proceda, fijando con toda claridad su aplicación, justificando los particulares del caso y acreditando *fehacientemente* la citación de los interesados, pues de otro modo se daría entrada en el Registro a una serie de documentos nulos referentes a las diversas fincas adjudicadas».

Según otras resoluciones que parece van a prevalecer o han prevalecido ya en la práctica, basta que el comisario manifieste que ha hecho la citación prevenida en el párrafo segundo (hoy tercero) del artículo 1.057 del Código Civil, aunque no lo acredite fehacientemente. Comienza esta tendencia la Resolución de 30 de abril de 1917 (caso del Registro de Je-



rez de la Frontera). Para desmitificar un poco esta segunda tendencia conviene advertir que la misma resolución que la inicia entona el *mea culpa*, como si no estuviese muy convencida de que la postura que adopta fuera la más adecuada. En el «considerando» primero se dice lo siguiente: «Considerando que en el cuaderno particional unido a la escritura de 9 de junio de 1916, el Comisario manifiesta que el inventario y avalúo del caudal relicto ha sido practicado previa citación de los herederos, representación de uno de éstos y legataria, y *aunque a los efectos de preconstituir una prueba del acto jurídico hubiera sido conveniente manifestar la forma en que se llevaba a cabo*, no puede negarse a la declaración hecha por dicho Comisario y autenticada reglamentariamente, la natural consecuencia de satisfacer las exigencias del artículo 1.057 del Código Civil, mientras no sea desvirtuada o contradicha por quien pretenda seguir a ciegas la citada segunda tendencia jurisprudencial». Por su parte, la Resolución de 6 de marzo de 1923 (en un caso del Registro de Zaragoza) viene a confirmar la anterior, siendo de interés transcribir el primer «considerando», que dice así: «Considerando que aunque el primer extremo de la nota discutida señala como defecto de la escritura de partición, autorizada por el recurrente, el de no haberse practicado el inventario con citación de la heredera o de su representación, ha de entenderse que la denegación se funda en que carece de toda eficacia para el objeto la simple declaración que se hace en el título de haber sido citado el defensor judicial; y contra este fundamento procede sostener: primero, que en una de las cláusulas del referido instrumento se afirma que el defensor nombrado tomó posesión del cargo y fue citado para la práctica del inventario un día determinado, y en otra se repite que la menor ha sido citada con tal objeto en la persona de su defensor judicial, sin que frente a la veracidad de ambas manifestaciones se haya opuesto la menor sospecha; segundo, que conforme ha indicado la Resolución de este Centro de 30 de abril de 1917, aunque a los efectos de preconstituir la prueba es conveniente manifestar la forma en que la citación se hace, no puede negarse a la declaración hecha por el Comisario y autenticada reglamentariamente la natural consecuencia de satisfacer a las exigencias del artículo 1.057 del Código Civil, mientras no ser desvirtuada o contradicha; tercero, que de estimar necesaria la comparecencia de los herederos, legatarios, acreedores o de sus representantes citados, se entorpecerían en grado sumo las operaciones y se echaría sobre los interesados que pudieran vivir lejos del lugar de otorgamiento o tener en el mismo reducido interés una carga desproporcionada; y cuarto, que la obligación que al defensor judicialmente incumbe de velar por los intereses del menor y la responsabilidad consiguiente que el Registrador pone noblemente de relieve, no puede confundirse con los requisitos

esenciales de la escritura de partición otorgada por el Comisario». Digo lo mismo que en relación con la anterior resolución, o sea, que la Dirección reconoce que hubiera sido conveniente acreditar la citación. Pero además, ha influido en su decisión, al parecer, eso que Don Quijote le decía a Sancho, acerca de que «dices tantos detalles, Sancho, que no puede menor de parecerme que debes de decir verdad». Pues bien, la resolución señala que se expresó que el defensor nombrado judicialmente tomó posesión de su cargo y fue citado para la práctica del inventario un día determinado. Pero ocurre que desde el punto de vista jurídico, la mera manifestación de detalles no es concluyente.

No obstante, quiero reflejar aquí mi opinión acerca de estas dos tendencias jurisprudenciales, ninguna de las cuales comparto, por entender que el requisito del inventario y de la citación debe quedar fuera del problema de la inscripción de la partición. Por eso, la primera tendencia jurisprudencial es exagerada, aunque haya que reconocerle que sigue cierta lógica: si la ley exige el requisito de la citación al inventario, y estamos dentro de las operaciones particionales, ha de acreditarse fehacientemente el cumplimiento de ese requisito a efectos de inscripción. La segunda tendencia jurisprudencial llega a un resultado más satisfactorio desde el punto de vista práctico, pero hay que reconocer que supone un contrasentido para quienes compartan la opinión de que la citación al inventario es una formalidad de la partición de Comisario, pues si la ley la reputa necesaria, es absurdo que desde el punto de vista de la inscripción, tendente a reflejar actos firmes, definitivos y no susceptibles de anulación, se diga que bastan las manifestaciones del Comisario, aunque no se prueben. Y lo cierto es que tal tendencia me parece mejor que la anterior, pero es por el resultado a que llega de no dar importancia al cumplimiento del requisito, lo que concuerda con la solución que doy al problema, aunque utilizando otros argumentos y enfocando el requisito fuera del ámbito de las operaciones particionales.

En cualquier caso, hay aquí, en las resoluciones de la Dirección, contradicciones de tendencias y contradicciones lógicas dentro del razonamiento de la segunda tendencia, que no puedo dejar de reseñar.

3.º Otro tema del que se ha ocupado la Dirección General, enlazando más bien con la línea de la primera de las dos tendencias que se acaban de estudiar en el apartado anterior, es si el defecto de citación es subsanable o insubsanable y cuál es, en su caso, la forma de subsanación. La Dirección entiende que se trata de defecto subsanable, lo cual contrasta con esa teoría de la nulidad absoluta que defiende algún autor, antes examinado. Veremos que contrasta también con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es curioso que en la referida Resolución de 18 de agosto de 1909 (caso de La Rambla) se fundamente el carácter subsa-

nable del defecto partiendo de que en la escritura el Comisario había manifestado que la citación se había realizado, pudiendo los interesados corroborar las afirmaciones del Comisario mediante documento fehaciente. En la misma línea, el Presidente de la Audiencia había razonado así: «La citación no está probada con documento fehaciente, como debiera estarlo, pero tampoco está probada la no citación, porque la confesión judicial sólo hace prueba 'contra sí', y, por tanto, como si llegara a probarse sería válido el documento, no puede considerarse falta insubsanable». Aunque no sea necesaria la asistencia al acto de inventario, por bastar la citación, la Dirección considera que la falta de citación puede subsanarse por la intervención de los interesados en el acto de inventario. Así, la Resolución de 13 de abril de 1892 (caso del Registro de Jijona) consideró que era innecesaria la citación, al haber ratificado las operaciones particionales los dos únicos interesados, dado que la citación es en el exclusivo interés de las personas a citar. En la Resolución de 30 de enero de 1915 (caso del Registro de Santiago), se afirma que la no intervención en el inventario del defensor judicial puede ser subsanada. La Resolución de 22 de julio de 1912 (caso del Registro de Villalón) califica el defecto de citación como subsanable y no insubsanable, como lo había calificado el Registrador en la nota.

Algunas veces la Dirección advierte que el defecto subsanable puede ser el de no haber precisado en el documento si los herederos son o no mayores de edad, pues se trata de un presupuesto para saber si es o no aplicable el párrafo segundo del artículo 1.057. Así, en la Resolución de 1908 (otro caso del Registro de La Rambla) se dice que debe expresarse en el documento si los herederos son mayores o menores de edad, a efectos, en este último caso, de hacer la citación del artículo 1.057 del Código Civil. En el mismo sentido, la Resolución de 21 de diciembre de 1909, ya citada (caso del Registro de Priego de Córdoba). O sea, que en estos supuestos, el defecto subsanable es la no determinación de la circunstancia de edad de los herederos, a través de cuya subsanación se ha de calificar si existe o no el otro defecto de la falta de citación.

Naturalmente, en toda esta cuestión del defecto subsanable, no se puede olvidar aquella tendencia jurisprudencial aludida en el apartado anterior, según la cual las manifestaciones del Comisario acerca de la realización de la citación excluyen toda idea de defecto, incluso subsanable.

Acerca de la cuestión de si existe o no defecto en estos supuestos, me remito a lo que después diré una vez concluida la fundamentación que doy al párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, aunque ya desde ahora debo advertir que a la partición de herencia no le deben afectar los defectos de la citación al inventario.

4.º La Dirección General se ha ocupado con mucha frecuencia del problema del interés opuesto determinante del nombramiento de defensor judicial y de su citación al inventario, a efectos del párrafo último del artículo 1.057, hasta el punto de que casi todas las resoluciones se han producido con ocasión de este tema.

Destacan especialmente las siguientes: Resolución de 13 de mayo de 1916, que contemplando un caso en que habían sido citados los mismos menores, afirma que les falta capacidad para ser citados personalmente y para hacer manifestaciones; en la citada Resolución de 4 de diciembre de 1912 (caso de Rute), el interés contrapuesto se aprecia por tener interés el padre en la previa liquidación de la sociedad conyugal; en la de 7 de julio de 1915 (caso de Santander) se aprecia interés opuesto a pesar de la posterior renuncia del padre a la herencia de su esposa, diciendo que esa renuncia no excusa la incompatibilidad nacida del diverso interés que pueda haber de la inclusión o exclusión de determinados bienes en el inventario, a pesar de que se manifestó que no había bienes gananciales; en la Resolución de 30 de enero de 1915, el interés opuesto se ve por el problema de un legado que el contador consideró excluido de la herencia por no ser propiedad del causante; en la Resolución de 22 de julio de 1912 (Villalón), el interés opuesto se da porque a la viuda se le adjudica el caudal en pago de sus aportaciones.

En toda esta serie de casos dispersos falta una doctrina general que podría obtenerse de esa opinión de LACRUZ de que la incompatibilidad debe producirse en relación con el acto de inventario, que no tiene por qué coincidir con la incompatibilidad relativa a los derechos en la herencia.

5.º No podía faltar el problema de si el párrafo último del artículo 1.057 se aplica no sólo en el caso de ser alguno de los herederos menor de edad o sujeto a tutela, sino también en el de existir algún legatario de parte alícuota de esas características. La Resolución de 4 de noviembre de 1935 (en un caso del Registro de Valencia de Alcántara) entendió que era aplicable el precepto al supuesto de legatario de parte alícuota menor de edad o sujeto a tutela, basándose en la equiparación de esa figura con el heredero según la LEC y el número 7 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria. La Resolución de 26 de marzo de 1952 (caso del Registro de Marchena) en *obiter dictum* insiste en la asimilación a tales efectos según la jurisprudencia entre heredero y legatario de parte alícuota. No sirve a estos efectos la Resolución de 30 de junio de 1956, pues se ocupa de un problema distinto, el de si está prohibido que el legatario de parte alícuota pueda ser nombrado Contador.

6.º También se ha ocupado la Dirección General de los Registros de la cuestión de los menores emancipados, y concretamente si se aplica

el párrafo último del artículo 1.057 cuando entre los herederos hay alguno menor de edad emancipado. La Resolución de 30 de enero de 1911 (en un caso del Registro de Manresa) entiende que no se aplica el precepto al caso de menores emancipados, argumentando que el artículo 317 del Código Civil (hoy artículo 323) no incluye entre los actos en que el emancipado necesita completar su capacidad el de partición de herencia. En otras resoluciones aparece como *obiter dictum* la configuración del «menor de edad» del párrafo segundo del artículo 1.057 como «no emancipado».

En mi opinión no hace falta recurrir a la argumentación de la Resolución de 30 de enero de 1911 para excluir del supuesto el caso de los herederos menores emancipados. Existe otro argumento extraído del propio texto del artículo 1.057. En él se contraponen, para darles el mismo tratamiento, el menor de edad y el sujeto a tutela. Respecto a este último grupo —el de los sujetos a tutela— está claro que no entran los menores emancipados. Así, según el artículo 200 del Código Civil, «están sujetos a tutela: 1.º Los menores de edad *no emancipados* legalmente...»; según el número 1.º del artículo 278, concluye la tutela «por la habilitación de edad»; por su parte, el antiguo artículo 324 decía que «es aplicable al menor que hubiese obtenido la habilitación de mayor edad lo dispuesto en el artículo 317», es decir, el artículo que se refiere al emancipado. El tercer párrafo del nuevo artículo 323 del Código Civil recoge estas mismas ideas diciendo: «Lo dispuesto en este artículo (sobre el emancipado) es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad». De todos estos preceptos cabe deducir que si entre los «sujetos a tutela» no se incluyen los «habilitados de edad», los «menores de edad» a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.057, han de ser los «no emancipados», pues en otro caso se produciría una desigualdad entre «emancipados» y «habilitados» que el Código Civil trata de evitar en el artículo 324 citado (hoy párrafo último del nuevo 323).

7.º Existen varias resoluciones que señalan la derogación del artículo 1.049 de la LEC por el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, en cuanto a la innecesidad de la aprobación judicial de la partición realizada por el Contador. Pero conviene advertir que las resoluciones que se ocupan de la cuestión no dicen exactamente que la aprobación judicial del artículo 1.049 LEC haya sido sustituida por el inventario y la citación del párrafo segundo del artículo 1.057 CC, a diferencia de lo que decía PUIG PEÑA.

Las Resoluciones que se ocupan de esta cuestión son las siguientes: de 5 de octubre de 1893, 21 de enero de 1898, 5 de octubre de 1900, 2 de agosto de 1909 y 26 de agosto de 1909.

La Resolución de 5 de octubre de 1893 (en un caso del Registro de Jijona) es la que primero se ocupa del asunto y la que marca la jurisprudencia posterior, por la argumentación que realiza.

Los puntos fundamentales de esta resolución son, a mi modo de ver, los siguientes:

1.º En la posible colisión entre Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil destaca la prevalencia del primero, por ser Ley posterior:

«Considerando que la primera cuestión planteada en este recurso, esto es, la de si es o no preciso someter a la aprobación judicial la partición de bienes hereditarios en que hay menores interesados, cuando ésta se ha verificado por un Contador nombrado por el testador, según el artículo 1.057 del Código Civil, ha de ser resuelta con arreglo a este Cuerpo legal, y prescindiendo de lo que dispone el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que por tratarse de una materia que ha sido objeto del Código quedó aquella Ley respecto de este caso sin fuerza y vigor, tanto en el concepto de directamente obligatoria como en el de derecho supletorio, según estatuye el artículo 1.976 del referido Código Civil.»

2.º Destaca el silencio del Código Civil, silencio que requiere un análisis interpretativo:

«Considerando que si bien el citado artículo 1.057 no declara de un modo expreso que es innecesaria la aprobación judicial en el caso a que el mismo se refiere, tampoco dispone lo contrario, por lo cual se hace preciso analizarlo para fijar su inteligencia según las reglas de la crítica racional.»

3.º La resolución centra su argumentación más bien en la equiparación entre partición de testador y de Contador, que en el problema del inventario y citación, es decir, recalca más la primera parte del párrafo último del artículo 1.057 que la segunda parte de dicho párrafo. En este sentido, veamos en su conjunto los Considerandos tercero, cuarto y quinto:

«Considerando que la declaración contenida en el párrafo de dicho artículo 1.057, de que lo dispuesto en la primera parte de éste y en el 1.056 ha de observarse, *aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela* (el subrayado es de la resolución), pero debiendo el Comisario, en este caso, inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, holgaría por completo si no hubiese tenido por objeto determinar que en el caso de ser los interesados mayores de edad puede el Contador desempeñar su cometido por sí solo sin intervención de nadie; y en el caso de haber alguno menor o sujeto a tutela puede también verificar por sí la parti-

ción, pero ya con la única limitación de tener que citar para la formación del inventario a los coherederos, acreedores y legatarios.»

«Considerando que sirve de fundamento a la anterior afirmación el hecho de que lo dispuesto en el artículo 1.056 y en el primer párrafo del 1.057 se hubiera cumplido en todo caso sin que el legislador lo hubiera así declarado, ya que no había precepto alguno que prohibiese al testador que nombrase Contador para hacer la partición, ni que negase efectos jurídicos a ese nombramiento, aun en el caso de ser menor de edad o estar sujeto a tutela alguno de los interesados en la herencia.»

«Considerando que de no admitirse esta interpretación no habría diferencia alguna entre la partición hecha por persona nombrada por el testador y la verificada por otra en caso de que ésta no hubiere hecho uso de la facultad concedida por el artículo 1.057, viniendo a resultar estéril la confianza que el testador depositara en la persona por él designada para hacer la partición, si de todos modos había de someterla a la aprobación judicial, y no es de suponer que el cuidado y el esmero del legislador en declarar que lo dispuesto en dicho artículo se cumpliera, aun habiendo menores de edad interesados, no condujera a fin alguno.»

4.º Señala la finalidad de evitar gastos y dilaciones, lo cual nos parece de interés, como veremos después al destacar los antecedentes históricos del párrafo último del artículo 1.057:

«Considerando que ese fin no pudo ser otro que el de evitar a los menores los gastos y dilaciones consiguientes a la necesidad de obtener la autorización judicial exigida en todo caso por el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Naturalmente, no sólo debe verse esta finalidad en el artículo 1.057, párrafo último, del Código Civil, según indicaremos más adelante.

En cualquier caso, con esta exposición de la Resolución de 5 de octubre de 1893 he pretendido desmitificar la opinión de que la Dirección entiende que la aprobación judicial de la partición ha sido sustituida por el inventario y la citación del párrafo último del artículo 1.057, ya que cabe interpretar de manera distinta la citada resolución a través de los puntos expuestos.

Las otras resoluciones vienen a ser un corolario de la de 1893. Así, la Resolución de 21 de enero de 1898 (en un caso del mismo Registro de Jijona) resume la doctrina de aquélla en los Considerandos cuarto y quinto, resumen que puede ser peligroso si no se completa con el examen de la Resolución de 1893, pues podría inducir a simplificaciones erróneas. Dichos Considerandos se expresan así:

«Considerando, en cuanto al segundo de los defectos que se consignan en la mencionada nota, que es doctrina de esta Dirección, establecida

en la Resolución de 5 de octubre de 1893, que no es preciso someter a la aprobación judicial la partición de bienes hereditarios en que hay interesados menores de edad, cuando ésta se ha verificado por Contador nombrado por el testador, según el artículo 1.057 del Código Civil, puesto que por tratarse de una materia que ha sido objeto de este Código ha quedado, en lo que respecta a este caso, sin fuerza ni vigor el precepto del artículo 1.049 de la LEC, tanto en el concepto de directamente obligatorio como en el de derecho supletorio, según estatuye el artículo 1.976 del propio Código.»

«Considerando que dicha doctrina no ha sido modificada por ninguna otra resolución de este Centro, pues si bien en las de 18 de diciembre de 1893, 9 de septiembre y 12 de noviembre de 1895, invocadas por el Registrador, se declaró que era necesario someter a la aprobación judicial la partición en que haya interesados menores, dichas resoluciones fueron dictadas para casos en que, según se consigna en las mismas, no se cumplieron las condiciones presupuestarias en el artículo 1.057 del expresado Código; por lo que la doctrina que en ellas se establece no contradice ni modifica la establecida en la de 5 de octubre de 1893, dictada precisamente para un caso que, como el presente, se han cumplido todas las condiciones del citado artículo.»

En la Resolución de 5 de octubre de 1900 (caso del Registro de Avila), que, por cierto, es una de las que admite que la falta de citación al inventario queda virtualmente subsanada por la conformidad prestada por el defensor judicial de los menores a las operaciones particionales practicadas por el Contador, y por tanto al inventario que les sirve de base, hay una alusión a la aprobación judicial de la partición que si bien es en sentido contrario al de las anteriores, no afecta a la doctrina que estamos exponiendo, como se va a ver a continuación. En la nota del Registrador se destaca que «en el caso presente no corresponde a la autoridad judicial la aprobación de las particiones y no puede, por lo tanto, considerarse subsanados tales defectos (los de falta de citación al inventario) con el nombramiento de defensor y su citación, hechas por el Juzgado después de ultimadas las operaciones de partición». La resolución aprovecha la ocasión para decir que la existencia de aprobación judicial de la partición no constituye defecto, pero no es que diga que es necesaria tal aprobación, sino que ante un supuesto en que se había ya producido se limita a decir que «aunque no fuera necesaria, no hay Ley ni precepto alguno que la prohíba», según es de ver en el tercer Considerando:

«Considerando, en cuanto al tercero de los defectos consignados en la mencionada nota, que tampoco es causa de nulidad de tales operaciones la circunstancia de haberlas sometido a la aprobación judicial, dado



que aunque no fuese necesario este requisito, no hay Ley ni precepto alguno que lo prohíba y, por tanto, la diligencia en que se ha hecho constar la conformidad del defensor de los menores con dichas operaciones, practicada en los autos de aprobación judicial de las mismas, no adolece del vicio de nulidad que por tal causa le atribuía el Registrador.»

La Resolución de 2 de agosto de 1909 (en un caso del Registro de Montilla) insiste en la innecesidad de la aprobación judicial, destacando los dos últimos Considerandos:

«Considerando que no es necesario someter a la aprobación judicial la partición de bienes hereditarios en que hay interesados menores de edad, cuando éstas se han verificado por Contador nombrado por el testador, según lo autoriza el mencionado artículo del Código Civil y como lo ha declarado esta Dirección reiteradamente, sin más limitación que la de que, en caso de existir herederos menores de edad, deba el Comisario inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos y de los acreedores y legatarios, si los hubiere, requisito aquí cumplido, según se hace constar en el propio cuaderno, unido a la escritura.»

«Considerando que no es aplicable al caso presente la Resolución de 25 de mayo de 1908, citada por el Registrador, en la que los herederos practicaron conjuntamente la liquidación, división y adjudicación de los bienes con el albacea nombrado, ni mucho menos la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1906, por referirse a operaciones particionales no practicadas por la persona que aparecía con facultades para ello y en las que estaban interesados menores sujetos a tutela.»

En el mismo sentido se manifiesta la Resolución de 26 de agosto de 1909 (también en un caso de Montilla), cuyos tres Considerandos se expresan así:

«Considerando que la partición a que se refiere este recurso ha sido practicada por el albacea Comisario nombrado por el testador, habiéndose concretado la intervención en la escritura de los herederos a aprobar la expresada partición.»

«Considerando que en este concepto es de aplicación la doctrina repetidamente consignada por este Centro a partir de la Resolución de 5 de octubre de 1893 y fundada en el artículo 1.057 del Código Civil, según la cual no es preciso someter a la aprobación judicial las particiones de bienes hereditarios en que hay interesados menores de edad, cuando éstas se han verificado por un Contador nombrado por el testador, conforme al citado artículo, puesto que por tratarse de materia especialmente regulada por el Código Civil ha quedado sin vigor, en lo que respecta a este caso, el precepto del artículo 1.049 de la LEC.»

«Considerando que si bien en los casos que dieron lugar a las Resoluciones de 9 de septiembre de 12 de noviembre de 1895 y 25 de mayo

de 1906 se exigió dicho requisito, hay que tener en cuenta que no se trataba en ellos de particiones hechas exclusivamente por Comisario nombrado por el testador, sino por los mismos interesados, por lo que la doctrina expuesta en estas resoluciones no contradice la anteriormente expresada, como así se declaró en la de 21 de enero de 1898.»

Como se observará, nada nuevo se añade a la antigua Resolución de 5 de octubre de 1893 respecto a los argumentos sobre la innecesidad de la aprobación judicial de la partición de Contador.

#### IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DEL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL

Destacan especialmente las Sentencias de 26 de noviembre de 1955 y de 15 de octubre de 1973, que sientan una doctrina que no concuerda con la que aquí se mantiene, sino más bien con la que, al examinar la doctrina de los autores, hemos visto que mantenía FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, por lo cual la crítica hecha a este autor puede trasladarse ahora a las citadas sentencias, cuyo contenido se va a exponer a continuación. También puede destacarse la Sentencia de 11 de abril de 1967, si bien ésta no mantiene ninguna posición conflictiva acerca del párrafo segundo del artículo 1.057, sino que hace unas declaraciones que, en principio, han de ser compartidas. Analizaremos también la Sentencia de 23 de diciembre de 1976.

La Sentencia primeramente citada, es decir, la de 26 de noviembre de 1955 (Aranzadi núm. 3.588), casa la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia que había declarado no haber lugar a decretar la nulidad ni la rescisión de la partición de herencia, sino sólo a la rectificación de la misma. En cambio, el Tribunal Supremo, siendo Ponente don Francisco Bonet Ramón, considera nula la partición realizada por defectos relativos a la citación del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil. Los Considerandos de esta sentencia pueden ser estudiados agrupándolos en cuatro partes:

1.<sup>a</sup> En una primera parte, que comprende los dos primeros Considerandos, la sentencia quiere enfocar el fundamento del párrafo último del artículo 1.057 CC únicamente desde la perspectiva de la *protección de menores en la partición*, preparando así un fácil camino para ulteriores conclusiones. Veamos estos Considerandos:

«Considerando que los menores de edad, tradicionalmente, han sido objeto de una especial protección por el Derecho civil, amparándolos por medio de instituciones tuitivas como la patria potestad y la tutela, preocupación también constante del legislador contemporáneo, que ha mo-

dificado el Derecho para los débiles, no solamente en sus aspectos secundarios, sino en su esencia, y aun en su fondo, humanizándolo, beneficiándose el concepto del derecho subjetivo de esa profunda renovación que la realidad práctica comprueba, siendo considerados los derechos como relaciones sinalagmáticas que imponen a sus titulares, en compensación de las prerrogativas que les aseguren obligaciones más o menos numerosas y extendidas y de un modo específico en las relaciones de estado familiar y cuasifamiliar la concesión del derecho de patria potestad y tutelar como simple medio para el cumplimiento del deber (derecho-deber, derecho-función), y como consecuencia en principio inalienable, intransmisibile, irrenunciable e imprescriptible.»

«Considerando que concretamente en la partición extrajudicial que se practique por el mismo Comisario a quien el testador le hubiere encomendado por acto *inter vivos* o *mortis causa* la protección especial dispensada a los menores, se refleja en el segundo (hoy tercero) párrafo del artículo 1.057 del Código Civil, exigiendo en tal supuesto al Comisario que formalice el inventario de los bienes, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, prescripción que no rige, cuando es trata de dividir entre herederos mayores de edad, por entender la Ley que en este caso ellos mismos, sin necesidad de citación, podrán cerciorarse de si el inventario es fiel y exacto, y cuando proceda reclamar contra las inclusiones o exclusiones indebidas.»

Como crítica de estos Considerandos hay que decir que está muy bien todo lo que se dice en el primero acerca de la protección de personas débiles como finalidad especial del Derecho civil, cosa que nadie discute, así como que la patria potestad es hoy día acertadamente considerada como «derecho-deber» y «derecho-función». Pero que al tratar de aplicar esa doctrina general al caso concreto del párrafo segundo del artículo 1.057, cosa que se pretende en el también segundo Considerando, empiezan a no encajar las cosas. Que la protección de menores e incapacitados está en el precepto no hay ninguna duda; la duda consiste en determinar si esa protección va referida a problemas estrictamente particionales o a cuestiones aparte de la partición. Esto es lo que pasa por alto la sentencia, dando por supuesto que estamos en el campo exclusivo de la partición de herencia, con lo que, en definitiva, olvida que desde esa estricta perspectiva no tiene explicación el precepto ni la protección de menores, pues entonces no tendría base la citación de herederos mayores y de acreedores y legatarios, y sólo habría que citar a los representantes de los menores. Por cierto que la última parte del Considerando segundo recoge literalmente la opinión de MANRESA, ya expuesta al principio, por lo que hay que trasladar aquí el comentario crítico allí hecho.

2.<sup>a</sup> En el tercer Considerando se contiene una doctrina acerca de los requisitos de la citación, plenamente acertada que hay que compartir. Dice así: «Considerando que tratándose de una partición extrajudicial no es indispensable que la citación para el inventario reúna los requisitos exigidos por los artículos 270 y concordantes de la LEC, siendo válida de cualquier forma que se haga siempre que contenga la indicación del objeto, lugar y fecha, por lo que reuniendo los indicados requisitos la que recibió el recurrente, hay que estimarla eficaz a los fines propuestos, y en todo caso cualquier defecto de la citación se tiene por subsanado cuando comparecen a la diligencia los citados a ella.» La única salvedad que hay que hacer es que desde mi perspectiva de enfocar el requisito de la citación al inventario fuera de la institución de la partición, en lugar de argumentar diciendo que la «partición es extrajudicial», tendría que decir «que es un acto extrajudicial por realizarlo el Comisario y no el Juez».

3.<sup>a</sup> En el cuarto Considerando se dice algo que ya se verá cómo no es ninguna casualidad haberlo oído en otra parte: «Considerando que sean cualesquiera el alcance y efectos de la citación, es indiscutible que la Ley la reputa necesaria y concede al inventario una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales, debiendo intervenir a nombre de los menores de edad sus representantes legales y, por tanto, los defensores judiciales de los sujetos a patria potestad, cuando existen intereses contradictorios entre éstos y el padre o la madre respectivos, como preceptúa el artículo 165 del Código Civil» (hoy artículo 163).

El origen de este párrafo se encuentra en la Resolución antes citada de 13 de mayo de 1916 y las demás concordantes. Se considera necesario reiterar aquí lo ya dicho antes: que para resolver un caso concreto mal se puede partir de esa indiferencia acerca de la explicación del alcance y efectos de la citación, cuando un minucioso estudio de ese alcance y efectos puede dar lugar a una interpretación diametralmente opuesta a la que se quiere deducir del precepto. Sobre esto se insistirá después. Aquí interesa resaltar que poco caso puede merecer toda posición que se sienta despreocupada por el fundamento de un requisito y concretamente por la interpretación sobre su alcance y efectos.

4.<sup>a</sup> En los dos últimos Considerandos, la sentencia, a base de relacionar los artículos 4.º (antiguo del CC), 165 (hoy 163) y 1.057 llega a la conclusión de que se produce nulidad de la partición. Naturalmente, consideramos mucho más adecuada la posición mantenida por la Audiencia Territorial de Valencia, pues la tesis de la nulidad que, por la cita del artículo 4.º (hoy 6.º) y la referencia a la protección de menores, tiene que ser la de la nulidad absoluta, es de efectos desproporcionados y carece de

fundamento, aunque todo depende de la interpretación que se mantenga respecto al alcance y efectos del párrafo último del artículo 1.057. Por mi parte me remito a lo que después diré sobre el tema. Por parte de la sentencia todo queda dicho con esa indiferencia sobre esos temas apuntada en el apartado anterior. En todo caso, he aquí el texto de esos dos últimos Considerandos, que al menos han de ser tenidos en cuenta por quien pretenda seguir a ciegas la posición mantenida por la Dirección General de los Registros en aquella tendencia ya estudiada, según la cual bastan las manifestaciones del Comisario respecto al requisito de la citación al inventario, pues esa escasa consideración de tal requisito no se aviene con las gravísimas consecuencias que el Tribunal Supremo atribuye a su falta.

«Considerando que el defensor nombrado según el artículo 165 (hoy 163) del expresado Cuerpo legal, para sustituir al padre o madre en los asuntos correspondientes, no tiene una esfera meramente judicial, sino que representa igualmente a los menores fuera de juicio, y en este sentido han sido reconocidas sus facultades para recibir la citación que conforme al párrafo segundo (hoy tercero) del artículo 1.057 mencionado debe ser hecha a los hijos sujetos a la patria potestad, cuando los padres tengan interés opuesto al suyo en algún extremo de las operaciones particionales por la incompatibilidad nacida del diverso interés que pueda suponer la exclusión o inclusión de determinados bienes en el inventario.»

«Considerando que en el caso de autos, afirmado por la Sala sentenciadora en el segundo Considerando, que no consta que se nombrara defensor judicial a los herederos menores de edad, es evidente que se ha infringido por interpretación errónea el artículo 1.057, párrafo segundo, del Código Civil, en relación con los artículos 4.º, párrafo primero, y 165 del propio Cuerpo legal denunciado en el primer motivo del recurso, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la LEC, siendo inexcusable su estimación, que hace innecesario el examen del motivo segundo, articulado con carácter de subsidiario y para el caso de que se desestimara el anterior.»

La Sentencia de 15 de octubre de 1973 (Aranzadi núm. 3.557) sigue los pasos de la anterior, llegando a los mismos resultados. También con ella casa la Sentencia de la Audiencia Territorial, esta vez de Las Palmas, que había mantenido la solución de la dición de bienes y no la de la nulidad absoluta, como mantiene el Tribunal Supremo.

Destacan los siguientes Considerandos, en relación con el precepto que ahora se estudia, siendo Ponente don Mariano Gimeno Fernández:

«Considerando que la institución de la patria potestad se configura no como un derecho exclusivo de los padres sobre sus hijos menores de

edad no emancipados, sino más bien como una función atribuida a aquéllos, para el cumplimiento de un deber de asistencia de los últimos, en su aspecto personal y patrimonial, en tanto llega el momento de su emancipación, por suponerse haber alcanzado el suficiente desarrollo y capacidad para poder regir su persona y bienes, lo que determina la extinción de la patria potestad; de ahí que cuando entre los padres ejercientes de la patria potestad y los hijos sometidos a ella se produzcan situaciones de contraposición de intereses el artículo 165 CC (hoy 163) preceptúa el nombramiento de un defensor judicial, a fin de tutelar los derechos de los referidos menores, limitada la intervención de aquél al asunto que haya determinado su nombramiento, disposición que según establece, entre otras, la Sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 1969 es de carácter imperativo y por ello de ineludible observancia, debiendo ser interpretada con la necesaria amplitud, impidiendo quede inaplicado aquel precepto, por criterios extremadamente restrictivos, atendida la primordial finalidad de la defensa del menor, protección la expresada establecida en el artículo 1.057 CC, al imponer al Comisario, a quien le haya sido encomendada por el testador causante de la herencia la partición de los bienes de la misma, que cuando entre los coherederos exista algún menor ha de formalizarse el inventario con citación de todos los coherederos, acreedores y legatarios, disposición que, en consecuencia, tiene el mismo carácter de derecho necesario.»

Nada nuevo en esta argumentación respecto a la de la Sentencia de 26 de noviembre de 1955, con idéntica espectacularidad que trata de introducir con la referencia a la protección de los derechos del menor y al carácter de derecho necesario de tal normativa, pero que no es convincente por faltar el argumento determinante de esa pretendida relación entre los antiguos artículos 165 y 4.º del Código Civil, por un lado, y el 1.057, por otro. No quiero pasar por alto tampoco el olvido de la sentencia, al recoger el texto del párrafo último del artículo 1.057, de la coma que hay antes de la expresión «con citación», que ya utilizaré como argumento contrario más adelante.

«Considerando que como sostiene la Sentencia de 25 de noviembre de 1955, cualesquiera que sea el alcance de la citación, es indudable que la Ley estimó necesaria y la impone cuando se da el supuesto del párrafo 2.º (hoy 3.º) del artículo 1.057 CC, concediendo al inventario una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales, ya que cualquier defecto u omisión en el mismo puede reflejarse en la confección de la partición en sus distintas fases u operaciones; no siendo tal precepto más que reflejo de la protección especial dispensada por la Ley con carácter imperativo a los menores, a que antes se ha hecho referencia,

y por ello su incumplimiento determina la nulidad de todas las operaciones que integran la partición, puesto que, además, las facultades del Contador-partidor para llevar a cabo las subsiguientes operaciones que integran aquélla no quedan expeditas en el supuesto contemplado en autos, en tanto no se lleve a cabo la práctica del inventario con citación de todos los herederos y el defensor judicial del menor, cuyo nombramiento pudo solicitar del Juzgado, al amparo de la amplitud que para ello otorga el párrafo segundo del ya citado artículo 165 CC» (hoy 163).

Tampoco hay nada nuevo en este párrafo, en el que incluso aparece la consabida frase de «cualesquiera que sea el alcance de la citación es indudable que la Ley estimó necesaria y la impone», por lo que nuevamente hay que decir que resulta sorprendente en una sentencia que necesariamente tiene que plantearse ese «alcance» para resolver el caso concreto; y aquella otra frase de que «el Código Civil concede al inventario una importancia excepcional proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales», añadiendo que cualquier defecto u omisión en el mismo puede reflejarse en la confección de la partición, con lo que olvida que el artículo 1.079 del Código Civil, que no distingue entre herederos mayores y menores, no da la importancia pretendida por la sentencia a la omisión de bienes, ya que es sabido que no da lugar a nulidad ni a rescisión de la partición, sino a que pueda completarse o adicionarse. Tampoco puede explicarse que si la finalidad del párrafo segundo fuese la protección de los derechos de los menores en la partición, no se hubiese dado intervención a sus representantes o al propio Juez no ya en el inventario, sino en las operaciones particionales más decisivas, como hace la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta ha sido derogada en este punto por el Código Civil, según hemos visto, pero ello quiere decir que la partición extrajudicial del Contador ha sido asimilada a la del testador, siendo el inventario y la citación un «plus» legal de la partición de Contador y no una parte integrante de la misma.

Otro Considerando que viene a incidir en las mismas explicaciones es el siguiente: «Considerando que como se mantiene en los precedentes razonamientos, el precepto del artículo 165 CC (hoy 163), que se refleja en el 1.057 del mismo Cuerpo legal, es de derecho necesario establecido por la Ley en defensa de los intereses del menor, que nunca deben quedar desamparados por omisiones, defectos o inhibiciones, de las personas llamadas a suplir su falta de capacidad o ejercer la actividad necesaria para que aquél se halle debidamente representado; el párrafo segundo del artículo 165 CC (hoy párrafo 3.º del 163), ya citado, legitima para formular la solicitud de nombramiento de defensor no sólo al padre, la madre o al Ministerio Fiscal, sino a cualquier persona capaz de com-

parecer en juicio, lo que viene a demostrar la amplia permisión de la legitimación encaminada a facilitar en todo caso la defensa de los intereses de un menor, al margen del interés del solicitante, y si en el caso de autos, según reconoce la sentencia recurrida, se omitió el nombramiento de defensor y existían asimismo intereses económicos antagónicos entre la madre y su hija menor de edad, el precepto del párrafo último del artículo 1.057 podría quedar sin efecto y burlada su finalidad, si con un criterio restrictivo no se permitiere que cualquiera de los interesados en la herencia, mucho más cuando los actores no consta acreditado fueran citados para la práctica del inventario que se llevó a cabo en la primera escritura particional, pudiera ser reclamado su cumplimiento y la consiguiente nulidad de la partición, aparte de que conocido el hecho por el Tribunal, por el carácter de derecho necesario de los preceptos citados, debe deducir de aquél las consecuencias necesarias y procedentes en derecho.»

Sólo añadir en relación con todo esto que parece confundirse en este párrafo la cuestión de las personas que «pueden» pedir el nombramiento de defensor judicial y las personas que «necesariamente deben pedirlo». Es cierto que cualquiera de los interesados —incluido el Contador— pueden pedir ese nombramiento; pero ¿tiene *obligación* legal de hacerlo el Contador a quien la Ley sólo obliga a hacer un inventario y a practicar unas citaciones? Además, el conflicto de intereses en el inventario implica una calificación por parte del Contador, que es dudoso tenga la carga de soportar. Por todo ello, hay que considerar muy dudoso todo lo que se dice en este Considerando, y en cualquier caso el incumplimiento de esa nueva obligación legal que le impone la sentencia —la de instar el nombramiento de defensor judicial de los menores— no hay por qué suponer que repercute en la validez de la partición, que es la única función encomendada por el testador. El incumplimiento de una «obligación legal» —ya lo hemos dicho— podrá tener las consecuencias de todo incumplimiento de obligación, pero no la de producir la nulidad de un conjunto de operaciones particionales y actos posteriores cuando el propio Código Civil no sanciona tal defecto con nulidad y encima el citado artículo 1.079 quita importancia a la omisión de bienes.

Como consecuencia de todo ello, el Tribunal Supremo, en su segunda sentencia, declara la nulidad de las escrituras particionales y también la nulidad de las inscripciones que pudieran haberse verificado en el Registro de la Propiedad por causa de las adjudicaciones hechas en las mismas. Aunque no puedo compartir tampoco esta grave consecuencia, por no haber compartido la solución de la nulidad de la partición, hay que aprovechar de nuevo la ocasión para llamar la atención de aquellos que siguen aquella tendencia de la Dirección General que



quita toda importancia a la citación al inventario, pues véase que según el Tribunal Supremo puede dar lugar a la nulidad de la partición y de la consiguiente inscripción registral.

Otra sentencia que conviene analizar es la de 23 de diciembre de 1976 (Aranzadi núm. 5.578), pues contiene algunas novedades de importancia respecto a la línea jurisprudencial marcada por las Sentencias de 26 de noviembre de 1955 y de 15 de octubre de 1973. Y si no, véanse sus dos Considerandos:

«Considerando que según conocida, por lo reiterada, doctrina jurisprudencial, la partición realizada por Comisario nombrado expresamente por el testador equivale a la hecha por éste, equiparación entre una y otra clase de partición que encuentra su única excepción en el caso de que entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela, en cuyo supuesto el artículo 1.057, párrafo último, del Código Civil impone al Comisario el deber de inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, medida de precaución tomada por el legislador en el exclusivo interés de estas personas, siendo manifiesto que la Ley reputa necesaria tal citación para la formalización del inventario, el cual es la base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales realizadas, cuya omisión no es determinante de nulidad absoluta, pero sí de su nulidad relativa o anulabilidad, la cual únicamente puede ser reclamada por aquellos en cuyo favor o beneficio se ha establecido la garantía, esto es, por los coherederos, acreedores y legatarios.»

«Considerando que de lo precedentemente expuesto resulta claro que la sentencia recurrida, al desestimar la demanda, pese a reconocer que los Contadores-partidores formalizaron el inventario de los bienes de las dos herencias de que se trata, sin citar al efecto a los herederos mayores de edad, habiendo también otros interesados menores de edad que sí fueron citados a tal fin en la persona de su madre y representante legal, interpreta erróneamente el indicado artículo 1.057, párrafo último, del Código Civil y la doctrina legal que se cita en el primer motivo del recurso, fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual, por tanto, debe ser acogido y, en su consecuencia, sin necesidad de examinar los motivos restantes, se ha de estimar el recurso, con la consiguiente casación de la sentencia impugnada, sin pronunciamiento especial en cuanto a la condena en costas.»

Aunque esta sentencia insiste en frases consabidas, como son las de que es «manifiesto que la Ley reputa necesaria tal citación para la formalización del inventario» y que el inventario «es la base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales realizadas», frases éstas ya criticadas con ocasión del examen de las anteriores tendencias,

contiene, sin embargo, dos importantes novedades, que son las siguientes:

1.<sup>a</sup> Interpreta la *ratio* del párrafo segundo del artículo 1.057 en el sentido de que es una medida de precaución tomada por el legislador en el exclusivo interés de coherederos, acreedores y legatarios. Luego ya no estamos ante el interés o beneficio exclusivo de los menores, a que se refieren las anteriores sentencias, sino ante el interés de coherederos mayores o menores, acreedores y legatarios. Si las anteriores sentencias no explicaban esa citación de personas distintas de los menores en un supuesto que es de interés exclusivo de tales menores, y más atrás se ha hecho la crítica, la presente sentencia cae en el contrasentido opuesto, ya que es absurdo que se diga que es una norma en beneficio de coherederos, acreedores y legatarios, en un supuesto que sólo tiene lugar cuando los herederos son menores. Y es que el mal de una u otra tendencia está en enfocar el requisito de la citación al inventario dentro de la figura de la partición de herencia, que nada tiene que ver con el mismo.

2.<sup>a</sup> Considera que se trata de anulabilidad y no de nulidad absoluta, la cual sólo puede ser reclamada por coherederos, acreedores y legatarios. Ya no se está ante la infracción de una norma imperativa tuitiva de los menores, sino ante la omisión de un requisito cuyo fundamento no se ve claro. El salto en el vacío de la sentencia se produce porque desde la perspectiva de la partición de herencia no se explica que, ante un requisito exigido sólo cuando entre los herederos hay alguno menor de edad o sujeto a tutela, puedan los coherederos mayores de edad instar la nulidad de la partición en contra de los propios menores, alegando que no han sido citados ellos al inventario. Con esta interpretación resulta que cuando todos los coherederos son mayores de edad y capaces, el Comisario no los tiene que citar y la partición es firme y válida sin habérseles citado al inventario; en cambio, cuando entre los coherederos hay alguno menor de edad, aunque el Comisario haya citado al inventario al representante del menor, la partición es anulable por los coherederos mayores no citados al inventario. Y yo me pregunto: ¿qué interés diferente pueden tener los herederos mayores en el *inventario de la partición* en uno y otro caso? La contestación de que la Ley reputa necesaria la citación no es suficiente, pues hay que indagar qué sentido tiene esa citación y qué efectos tiene su falta, aspectos éstos en los que me detendré más adelante, sobre la base de excluir que ello afecte a la figura de la partición de herencia, para así evitar éste y otros contrasentidos.

La otra Sentencia, de muy distinto signo que las anteriores, que falta

por examinar es la de 11 de abril de 1967 (Aranzadi núm. 2.207). A efectos del párrafo segundo del artículo 1.057 destacan en la sentencia dos aspectos:

1.º El paralelismo de la partición de Comisario y de testador, lo que debería hacer meditar a los que pretenden fomentar la nulidad de la primera por una causa que no afecta a la partición de testador. En el Considerando primero se dice: «Que la partición del Comisario puede considerarse intermedia entre la del testador y la de los coherederos, formalmente se asemeja a ésta por cuanto no es el causante quien la realiza, pero en su naturaleza y esencia es semejante a aquélla por ser un negocio jurídico unilateral y por cuanto se apoya siempre en la voluntad del testador, el cual, en lugar de hacer atribuciones concretas que satisfagan las cuotas por él disputas, encomienda a otra persona que haga tales atribuciones, pero siempre como satisfacción de las cuotas por él instituidas, habiendo declarado la jurisprudencia que la partición realizada por Comisario expresamente nombrado por el testador equivale a la hecha por éste, por ser su representante en cierto modo, debiendo ser respetada por los Tribunales mientras las legítimas queden incólumes» (Sentencias de 25 de abril y 17 de junio de 1963).

Aunque el párrafo último del artículo 1.057 añade la obligación legal de hacer inventario y de citar por parte del Comisario a una serie de personas, esa equiparación o semejanza que ve esta sentencia inclina a interpretar el incumplimiento de tal obligación como una cuestión distinta de la partición, es decir, como el incumplimiento de una obligación legal, tal como desarrollo en la segunda parte de este estudio, sin que para nada pueda repercutir sobre la partición misma, cuya realización es equivalente a la que hubiera podido realizar el testador.

2.º La desdramatización del requisito de la citación en su aspecto formal. La sentencia no muestra indiferencia por desentrañar el alcance y efectos de la citación, sino que trata de interpretar tales cuestiones a través del requisito de la forma y de los destinatarios de la citación, llegando a conclusiones ciertamente sorprendentes para el adicto a la línea jurisprudencial resultante de las sentencias anteriormente expuestas, ya que no sólo mantiene que la citación puede hacerse por cualquier medio hábil —cosa que ya señaló la Sentencia de 26 de noviembre de 1955—, sino que, además, le basta que sean citados a la formación del inventario «los mismos herederos menores», con lo que parece que se despreocupa del tema de la representación legal de dichos menores, y llega a un resultado más lógico desde el punto de vista de las obligaciones del Contador, teniendo en cuenta que esas obligaciones legales del párrafo úl-

timo del artículo 1.057 son sólo las de hacer un inventario y de citar al mismo a las personas que señala.

Para comprobar estas orientaciones de la sentencia, que me he permitido completar e interpretar, veamos el texto literal de los Considerandos segundo y tercero de la misma, para que puedan sacarse las consecuencias pertinentes:

«Considerando que el paralelismo de la partición hecha por Comisario con la realizada por el propio testador encuentra su única excepción en el caso de que entre los coherederos haya alguno de menor edad y sujeto a tutela, debiendo entonces el Comisario inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios (apartado último del art. 1.057 CC), sin que se requiera una forma determinada para verificar la citación, con lo que los menores coherederos pueden ser llamados a la formación de inventario por cualquier medio hábil para tal fin sin que se exija su presencia tras haber sido citados para dicho acto.»

«Considerando que en el caso de autos, declarado por la sentencia recurrida que los herederos menores fueron citados a la formación del inventario, el motivo segundo del recurso denuncia error de derecho en la apreciación de las pruebas, que no puede prosperar por falta de invocación del precepto valorativo de prueba que haya sido conculcado, desestimación que acarrea la del motivo primero al quedar privado de la indispensable base *de facto*.»

De todos modos, hay que reconocer que esta sentencia no profundiza demasiado ni tampoco se pronuncia sobre la cuestión que discutimos.

Con esto doy por terminado el examen de la primera parte de este estudio, del cual puede deducirse que ni la interpretación dada por los autores, ni por la Dirección General, ni por el propio Tribunal Supremo, es concluyente, sino que las soluciones dadas son susceptibles de numerosas críticas, aparte de apreciarse una serie de contrasentidos, ya apuntados, que hacen que no pueda hablarse propiamente de doctrina sobre el párrafo último del artículo 1.057, a pesar de existir una línea jurisprudencial marcada por tres sentencias, que desde luego el intérprete no puede dejar de olvidar, aunque sí criticar y fomentar que se supere su doctrina si lleva a resultados absurdos y excesivos, cosa que se pretende aquí, según se explica en la segunda parte, que paso a exponer.

V. LAS DOS FUNCIONES DEL INVENTARIO A QUE SE REFIERE  
EL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 1.057, SEGÚN  
MI INTERPRETACIÓN

Ante la insuficiente explicación del precepto por parte de doctrina y jurisprudencia, no hay más remedio que intentar otra interpretación.

En mi opinión, el inventario a que se refiere dicho precepto responde a estas dos finalidades:

*Primera.* Facilitar, favorecer o cumplir la realización del inventario a efectos de la llamada aceptación a beneficio de inventario, tratándose de menores o incapacitados. La Ley aprovecha la figura del Comisario a tal efecto, pues es fácil imaginar que si los herederos no son los encargados de hacer la partición por sí mismos, al haber nombrado el testador un Comisario, quizá no entren en posesión de los bienes hasta mucho más tarde, en detrimento del requisito del inventario, que, en principio, es urgente para fijar el estado de los bienes. Además, ya que el Contador-partidor tiene la misión de realizar un inventario de bienes a efectos de las operaciones particionales, es lógico que se le asigne o encomiende por la Ley la realización de este otro inventario propio de la institución del beneficio de inventario.

*Segunda.* Suplir la actuación del Juez respecto a la realización del inventario de la herencia en el supuesto de existir menores o incapacitados que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el juicio necesario de testamentaría, evitando esa actuación de oficio del Juez y los consiguientes gastos y molestias típicas de un procedimiento a los menores o incapacitados. Por tanto, no es que la aprobación judicial de la partición de herencia que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil haya sido sustituida por el inventario y por la citación del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, sino que lo que ha sido sustituido por éste es el inventario judicial que en otro caso tendría que realizar de oficio el Juez conforme a la citada Ley procesal.

En uno y otro caso el inventario y la citación aparecen como una operación distinta de la llamada operación particional de inventario. Esta corresponde también al Comisario por voluntad del testador, y, en cambio, las dos funciones que acabo de señalar derivan de una obligación impuesta por la Ley al Contador, con unos requisitos y unos efectos diferentes de los que tiene la operación particional descriptiva de bienes.

Además, ambas finalidades, tan diferentes en principio, son perfectamente compatibles, según se tendrá ocasión de ver.

En todo caso, estas afirmaciones requieren argumentaciones, que es lo que intento seguidamente.

V. LA PRIMERA FINALIDAD DEL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 1.057  
DEL CÓDIGO CIVIL: FAVORECER O CUMPLIR EL REQUISITO  
DEL INVENTARIO RESPECTO A LA ACEPTACIÓN A BENEFICIO  
DE INVENTARIO

Esta interpretación implica poner en relación el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil con el párrafo segundo del artículo 992 del mismo Código.

Según este artículo 992, párrafo segundo, «la herencia dejada a los menores o incapacitados podrá ser aceptada a tenor de lo dispuesto en el número 10 del artículo 269. Si la aceptare por sí el tutor, la aceptación se entenderá hecha a beneficio de inventario». Y según el número 10 del artículo 269, para aceptar sin tal beneficio se necesita autorización del Consejo de Familia.

Me detengo en hacer unas consideraciones sobre este artículo 992 que pueden tener interés a efectos de su relación con el artículo 1.057 del Código.

El primer problema que plantea el 992 es que se refiere en principio a «menores o incapacitados», es decir, a supuestos tanto de patria potestad como de tutela, y, sin embargo, la remisión al número 10 del artículo 269 que hace a continuación, así como la referencia exclusiva al tutor, parecen olvidar, en definitiva, el supuesto de patria potestad. En la solución de este problema la doctrina se ha dividido, debiéndose reconocer que es mayoritaria la que opina que el padre no tiene ningún límite respecto a la aceptación en nombre del hijo, pudiendo hacerla por sí, tanto a beneficio de inventario como pura y simplemente. Sin embargo, me parece mucho más fundada la interpretación contraria, ya que la laguna que resulta de la parte final del párrafo segundo del artículo 992 lo lógico es llenarla de la forma más análoga posible al supuesto de tutela, sobre todo habiendo comenzado por referirse no sólo a incapacitados, sino también a «menores», sin distinguir supuestos dentro de estos «menores». Así resulta, según interpretación que acertadamente recoge LACRUZ, del párrafo primero del artículo 992, conforme el cual «pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes», lo que significa que el titular de la patria potestad debe contar con la autorización del Juez para la aceptación pura y simple, por el peligro que para el menor representa la aceptación de una herencia con deudas superiores al valor de los bienes y que implica la calificación del supuesto como algo que afecta a la facultad de libre disposición, que no tiene el padre en relación al menos con bienes muebles, dado lo dispuesto en el artículo 164 del propio Có-

digo. En cambio, la aceptación a beneficio de inventario no ofrece ningún peligro al menor, y señalando el Código que si la hace por sí el tutor se entiende hecha a beneficio de inventario, no se ve por qué el padre no iba a poder conseguir los mismos efectos. Según dice el citado LACRUZ, «como el tutor puede aceptar con beneficio de inventario, y las facultades del padre son superiores a las del tutor, éste puede hacer también lo propio» (13).

Otro problema que plantea el párrafo segundo del artículo 992 es si dentro del supuesto de entenderse aceptada la herencia a beneficio de inventario se entiende o no realizado el inventario mismo, aunque no se haga tal inventario. Este problema tiene más interés que el anterior en relación con el párrafo último del artículo 1.057 del Código, pues si se entiende que en el supuesto de menores o incapacitados no es necesario inventario para que se dé la aceptación a beneficio de inventario, entonces es que el párrafo último del artículo 1.057 del Código no se refiere a ese inventario, pues si es innecesario no se ve por qué lo iba a exigir el artículo citado.

Hay que reconocer que algún autor, como ALBALADEJO, entiende que en estos casos no es necesario inventario, pues dice que «nuestro Derecho, cuando habla de que se entiende aceptada la herencia a beneficio de inventario, o cuando impone que se acepte con este beneficio, no está realmente pensando en rigor en la aceptación beneficiaria en sentido estricto, sino que simplemente quiere expresar la idea de que sólo se responde de las deudas con el haber recibido. Es decir, no se trata de que se acepte verdaderamente con el beneficio o de que se cumplan los requisitos exigidos para obtener éste, sino de que en los casos vistos, con o sin tales requisitos, el heredero sólo responda del pasivo con el activo» (14).

Pero esta interpretación no es convincente dentro del Código Civil, aunque, como después veremos, esté vigente en un precepto de la Compilación de Cataluña en que sí lo dice expresamente.

Por el contrario, es mejor seguir la interpretación de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (15), que estima que el párrafo segundo del artículo 992

(13) Página 143 de la *ob. cit.* en nota 11.

En pruebas de imprenta este trabajo se publica la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, en cuyo nuevo artículo 166, párrafo 2.º, se dice lo siguiente: «Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el Juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado, herencia o donación. La aceptación de la herencia se entenderá hecha, *en todo caso*, a beneficio de inventario». Esto confirma la interpretación mantenida en el texto acerca del artículo 992.

(14) Citado por LACRUZ, pág. 146, en la *ob. cit.* en nota 11.

(15) PEÑA distingue entre el inventario y la declaración o protesta de querer

dispensa de la protesta o solicitud de aceptación a beneficio de inventario, pero no del inventario mismo. Y es mejor porque se adapta a la letra del precepto, que no excluye la realización de inventario. Y, además, deja en mejor lugar a acreedores y legatarios, pues es precisamente con ocasión del inventario cuando el Código Civil permite a los interesados —entre los que hay que incluir a acreedores y legatarios— que insten la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescriba para el juicio de testamentaría en la Ley de Enjuiciamiento Civil (véase art. 1.020 CC), por lo cual la omisión de inventario impediría a legatarios —salvo los de parte alícuota— y a acreedores con crédito garantizado solicitar esas medidas, ya que la Ley de Enjuiciamiento Civil no cubre estos supuestos y, en cambio, el Código Civil, sí, a través de la regulación del inventario. Lo que ocurre es que si el tutor no insta la formación de inventario actuará de oficio el Juez, conforme a las normas del juicio necesario de testamentaría y realizará judicialmente un inventario que habría de valer a estos efectos, dado lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.052 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cambio, en Cataluña los acreedores y legatarios tienen la posibilidad de instar la separación de patrimonios con solicitud de inventario, dado lo dispuesto en el artículo 264 de la Compilación.

Con la interpretación de que en el supuesto de menores o incapacitados no se excluye el inventario, sino todo lo contrario, queda el camino libre para intentar una interpretación del artículo 1.057, párrafo último, en el sentido que pretendo, es decir, en el sentido de que ése es el inventario a que se refiere precisamente el precepto. Es más, el artículo 1.057 también podría ser un argumento para demostrar que cuando el artículo 992 habla de entender aceptada la herencia a beneficio de inventario en supuesto de menores o incapacitados no quiere excluir el inventario, sino sólo la protesta o declaración formal de beneficio de inventario, dada la exigencia del mismo en el artículo 1.057 del Código.

Pero todo esto requiere una demostración. Pasaré a exponer los argumentos en que me apoyo para sostener que el párrafo último del artículo 1.057 está relacionado con el segundo párrafo del artículo 992 y que tiende a facilitar, favorecer y cumplir el requisito del inventario, a efectos de la aceptación a beneficio de inventario, tratándose de menores o incapacitados, no sin antes advertir que dicho artículo 1.057 no se refiere a la figura de la aceptación a beneficio de inventario, que es algo para lo que no tiene facultades el Comisario, sino al inventario que

utilizar el inventario, y cita el artículo 992 entre los casos en que no se exige esta última (pág. 301 del libro citado en nota 21).



puede aprovechar a tal aceptación que con carácter previo o posterior se haga por quien tenga la representación de menores o incapacitados, y sin perjuicio de que luego pueda tener lugar también la aceptación pura y simple, en aquellos supuestos en que así se autorice.

Dichos argumentos son los siguientes:

*Primer argumento: Histórico.*—El párrafo segundo del artículo 1.057 conserva el mismo texto desde que se publicó la segunda edición del Código Civil en 1889. Teniendo en cuenta esto, no es demasiado retroceder en la historia el remontarse al Proyecto de Código Civil de 1851, máxime teniendo en cuenta que es un precedente fundamental, según la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 (Base 1.<sup>a</sup>). Pues bien, el párrafo segundo del artículo 1.057 no existía en el antecedente más directo que representa el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, al menos de forma clara y textual (sin excluir algún proyecto tangencial que luego veremos), ya que el artículo 1.074 del mismo se limitaba a decir que «la simple facultad de hacer la partición podrá cometerse, en vida o en muerte, a otro cualquiera, con tal que no sea a uno de los coherederos». Sin embargo, el Anteproyecto tiene muy en cuenta el Proyecto de 1851, como se comprueba por las notas existentes en el mismo, según el texto descubierto no hace mucho tiempo por PEÑA (16), hasta el punto de que ese artículo 1.074 del Anteproyecto es prácticamente una copia literal del artículo 900 del Proyecto, por lo cual es de extrañar que no recoja el artículo 901 del mismo, que, como ahora veremos, se refiere precisamente al supuesto del párrafo último del actual artículo 1.057. Cabe imaginar que se recogió a última hora antes de salir el texto definitivo del Código Civil, pero existe un vacío de antecedentes relativos a esos pocos meses que van desde la terminación del Anteproyecto hasta la publicación del Código. Así lo advierte PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, diciendo «Terminado el Anteproyecto, se invita por Real Orden de 30 de abril de 1888 a todos los miembros de la Comisión de Códigos a que hicieran sus observaciones a dicho texto», a cuyo efecto «se les dio un plazo de cuarenta y cinco días», añadiendo PEÑA que «no conocemos los términos en que fueron atendidas las observaciones que al Anteproyecto hicieron los vocales de la Comisión de Códigos». «Pero sí sabemos que, tras la terminación del Anteproyecto, la Sección de lo civil trabajó intensamente» (17). Por mi parte, insisto en que cabe pensar, dada la importancia del Proyecto de 1851 y la referencia a él en la Ley de Bases,

(16) Véase la publicación del mismo en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 4.<sup>a</sup>, Fuentes y Bibliografía, vol. I, Madrid, 1965. Téngase en cuenta especialmente la pág. 25, donde se destaca la influencia del Proyecto de 1851.

(17) Página 43 de la *ob. cit.* en nota anterior.

que el párrafo último del artículo 1.057 está tomado del artículo 901 de aquél, para cuya conclusión no hay más que leer el texto de este artículo 901 del Proyecto de 1851, que dice lo siguiente: «Los tres artículos anteriores se observarán aun cuando entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a curaduría; pero el Comisario deberá siempre inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.»

Pero lo más importante, a efectos del argumento que estamos examinando, es el comentario de GARCÍA GOYENA, que es fundamental si se tiene en cuenta que es el autor del Proyecto de 1851. El escueto, pero significativo comentario de GARCÍA GOYENA, es el siguiente: «La necesidad que se impone al Comisario guarda conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 244; habiendo un menor, ha de haber siempre inventario» (18). Pues bien, ese párrafo primero del artículo 244 es el equivalente al actual párrafo segundo del artículo 992, lo que demuestra la relación, desde el punto de vista histórico, entre el 1.057 y el 992, que antes apuntábamos. El citado artículo 244 del Proyecto de 1851 decía que «el tutor no podrá admitir la herencia deferida al menor, sino con beneficio de inventario». Y advierte aquí GARCÍA GOYENA: «Así la herencia nunca podrá ser gravosa al menor» (19).

No se negará que este precedente es muy importante, sobre todo teniendo en cuenta que el texto del párrafo último del artículo 1.057 concuerda plenamente con el artículo 901 del Proyecto de 1851.

*Segundo argumento: Interpretación gramatical, lógica y ortográfica del texto mismo del artículo 1.057 del Código.*—En el artículo 1.057 existen suficientes signos para proporcionar la convicción de que dicho artículo se refiere a un inventario diferente de la simple operación particional de inventario.

La expresión «en este caso» del párrafo segundo complementa y califica al verbo «inventariar», pues está colocado al lado de tal verbo y entre el «deberá» y el infinitivo «inventariar». Esto quiere decir que «en este caso» (heredero menor o sujeto a tutela) el Comisario «deberá inventariar», y en otro caso no tiene que inventariar. El «en este caso» no se refiere a la citación al inventario, sino a la obligación de inventariar misma, pues si quisiera calificar a la citación se hubiera empleado otra expresión, como la de que «deberá inventariar los bienes de la herencia, con citación, en este caso, de...» Además, entre la frase «inventariar los bienes de la herencia» y la expresión «con citación» existe una coma

---

(18) Véase *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, según reimpresión de la Cátedra de LACRUZ, pág. 450, Zaragoza, 1974.

(19) Véase pág. 141 de la *ob. cit.* en nota anterior.

que no se puede olvidar. Si no existiera la coma, habría alguna base para entender que el «en este caso» complementa al verbo «inventariar», pero al mismo tiempo a la «citación», como algo indisolublemente unido a la obligación de inventariar. Pero no es así. La coma fue añadida en la segunda edición del Código Civil. En la primera, que fue la que publicó el Gobierno, no existía la coma; pero en la segunda edición la Comisión de Codificación hizo algunas correcciones en el texto del Código de mayor o menor importancia, según los casos, como han puesto de relieve MELÓN INFANTE y JERÓNIMO LÓPEZ (20), siendo muchas de ellas correcciones relativas a los signos de puntuación, que en la interpretación jurídica pueden ser muy interesantes. Estos autores nos hacen ver el cambio de la coma que pasó en la edición definitiva del Código, pero no sacan ninguna consecuencia interpretativa en dicho precepto. Sin embargo, nos dan una buena pista para que podamos sacarla nosotros, tal como hemos expuesto. La coma, pues, sirve para separar como dos obligaciones yuxtapuestas la obligación legal de inventariar y la obligación legal de citar a ese inventario.

En cualquier caso, la redacción del párrafo último del artículo 1.057 hubiera tenido que ser distinta si lo que hubiera querido recalcar es simplemente la obligación de citar y no la obligación de inventariar. Hubiera dicho que *«el Comisario deberá en este caso citar al inventario»* o bien la que antes he señalado, es decir, que *«el Comisario deberá inventariar los bienes de la herencia con citación, en este caso»*. Nada de esto se ha producido en el texto del artículo 1.057, por lo cual hay que inclinarse hacia el único sentido gramatical posible, que no es otro que el ya señalado de que se impone al Comisario una obligación legal, además de las que el testador le ha encomendado, la obligación de inventariar los bienes de la herencia, y además con el requisito de la citación a ese inventario de las personas que se expresan.

Pero si todo esto es así, resulta que el inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código no es simplemente la operación particional de inventario, pues ésta no supone un deber específico «en este caso» de existir menores o sujetos a tutela, sino un deber embebido en la partición misma que le ha encomendado el testador, y que estaría comprendido en el párrafo primero del artículo 1.057 cuando dice que el «testador podrá encomendar» «la simple facultad de hacer la partición». Dentro de esta «simple facultad de hacer la partición» estaría comprendida, y lo está, la operación particional de inventario, por lo que al señalarla el párrafo último como una obligación específica del Comisario en un caso muy concreto, y no en todos, ello quiere decir que no puede ser la operación

(20) *Código Civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, por JERÓNIMO LÓPEZ y CARLOS MELÓN INFANTE, Madrid, 1967, pág. 306 en nota.

particional de inventario, sino otro inventario que sólo se da en determinados casos y no en general.

En resumen, no hay que olvidar varios detalles fundamentales del texto del artículo 1.057, a saber: la expresión «simple facultad de hacer la partición», en la que van comprendidas todas las operaciones particionales —y por ello, también la de inventario-relación de bienes— como consecuencia del encargo del testador; la referencia a un deber del Comisario de inventariar los bienes de la herencia en un caso muy concreto y no en los demás, lo que supone que no se refiere a esa operación particional de inventario que ya va comprendida en el párrafo primero, en la simple facultad de hacer la partición, sino a otro inventario distinto que el legislador obliga en este caso al Comisario, más allá de sus funciones derivadas del encargo del testador; y la existencia de una coma entre «inventariar los bienes de la herencia» y «con citación», que da pie para confirmar que la expresión «en este caso», que, a su vez, va entre «deberá» e «inventariar», complementa y se refiere al verbo «inventariar» y no de la obligación de citación, aunque ésta, a su vez, es una oración subordinada de la principal en que va el verbo «deber inventariar»; y, por último, la conjunción «pero», como significativa de que el párrafo último del artículo 1.057 se está refiriendo a una obligación de inventario que nada tiene que ver con la partición aludida en el párrafo primero, ya que viene después de decir que «lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará».

*Tercer argumento: explicación del deber legal de inventariar los bienes de la herencia a través de la comparación sistemática con otros preceptos del propio Código Civil.*—El concepto de inventario no es único, sino que tiene dos sentidos. Uno de ellos es el «inventario documental», que es precisamente la operación particional de inventario, y que consiste en una mera relación de bienes que el Comisario debe hacer por sí solo y sin necesidad de que la ley le imponga especialmente tal deber y sin tampoco tener que citar a persona alguna. Y el otro sentido es el «inventario-acto real», que se presencia por ciertas personas y que se realiza con fines de garantía y normalmente como acto previo a la administración ulterior de los bienes inventariados. Pues bien, de estos dos sentidos, hay que entender que el párrafo último del artículo 1.057 se refiere al segundo, no sólo por lo ya dicho de que el primer sentido ya está comprendido en el párrafo primero del precepto (facultad de hacer la partición), sino por la comparación con otros preceptos del Código Civil que se refieren a la obligación de inventario. Hemos visto antes, al exponer la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros, que el Código Civil asigna al inventario una importancia fundamental como base de las

operaciones particionales, pero en realidad no hay rastro en el Código Civil de esa pretendida importancia del inventario como operación particional, pues ni siquiera alude una sola vez a ese sentido, sino que se refiere siempre que habla de inventariar bienes al segundo sentido indicado. La comprobación de este extremo apoya la idea de que, a través de una interpretación sistemática dentro del propio Código Civil, el párrafo último del artículo 1.057 se refiere al inventario como acto real tendente a fijar el estado y descripción de los bienes como medida de garantía previa a una ulterior administración.

Según el antiguo artículo 163, párrafo segundo, del Código Civil, «se formará inventario, con intervención del Ministerio Fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración, y a propuesta del mismo Ministerio, podrá decretarse por el Juez el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo».

Tratándose de ausentes, el artículo 185 impone al representante, entre otras, la obligación (legal) de «inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado». En relación con esto, el artículo 2.045 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice: «El inventario de bienes muebles y descripción de los inmuebles a que se refiere el número 1.º del artículo 185 del Código Civil, *habrá de practicarse* judicialmente con intervención del Ministerio Fiscal». «*Practicado* el inventario —añade su párrafo 2.º— se proveerá al representante del ausente del título justificativo de su representación». Y más definitivo acerca de ese sentido de «inventario-acto real de garantía» es el artículo 191, que dice que «abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla. Los unos y los otros, en su caso, deberán hacer, con intervención del Ministerio Fiscal, inventario de dichos bienes, los cuales reservarán hasta la declaración de fallecimiento».

Según el artículo 264, «el tutor está obligado» no sólo a «administrar el caudal de los menores o incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia», sino también, entre otras obligaciones, «a hacer inventario de los bienes a que se extienda la tutela dentro del término que al efecto le señale el consejo de familia». Y el artículo 265 dice que «el inventario se hará con intervención del protutor y con asistencia de dos testigos elegidos por el consejo de familia. Este decidirá, según la importancia del caudal, si deberá, además, autorizar el acto algún Notario».

Por su parte, en el artículo 491, relativo a las obligaciones del usufructuario, se lee que éste «antes de entrar en el goce de los bienes está obligado a formar, con citación del propietario o de su legítimo representante, inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles».

En el supuesto de reserva viudal, el artículo 977 dice que «el viudo o la viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y tasar los muebles».

Por último, el Código regula con cierto detalle la «formación de inventario de los bienes de la herencia» en los artículos 1.010 y siguientes, cuando regula el beneficio de inventario y el derecho de deliberar.

En todos estos supuestos, el inventario aparece siempre como un acto que se *realiza, al que se cita* a determinadas personas e incluso, en algún caso, a autoridades, *que se presencia* y *que puede llevar cierto tiempo* (compruébese art. 1.017 del Código Civil) y *como medida de garantía* en provecho de ciertas personas.

Pues bien, si esto es así, no hay por qué suponer que la obligación legal de inventario impuesta al Comisario en el párrafo último del artículo 1.057 tenga un sentido diferente al de esos preceptos, máxime teniendo en cuenta que si está configurada como «obligación legal» nada tiene que ver con la obligación testamentaria de partición.

El Código, además, acabamos de ver que cuando se refiere al inventario nunca lo hace como operación particional, sino como acto autónomo de fijación del estado de los bienes a efectos de garantía de determinadas personas.

*Cuarto argumento: análisis sistemático de la citación al inventario de acreedores y legatarios.*—Si el inventario del párrafo último del artículo 1.057 fuese exclusivamente una operación particional, no se explicaría la citación de acreedores y legatarios, y mucho menos se explicaría que hubiere que citar a estas personas tratándose de menores o sujetos a tutela y no cuando los herederos fueran mayores. La falta de una explicación adecuada de esta citación por parte de la doctrina anteriormente examinada, es ya de por sí un buen argumento en contra de la consideración del inventario como operación de partición de herencia. ¿Qué tienen que ver los acreedores y, sobre todo, los legatarios con la partición de herencia? Los legatarios no tienen ninguna intervención en las operaciones particionales y los acreedores de la herencia tampoco, pues lo único que pueden hacer es «oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos». Pero esta oposición no significa intervención en las operaciones particionales, por lo cual sería absurdo entender que se les cita para presenciar una de las operaciones de partición. Y más absurdo sería todavía tenerlos que citar cuando los herederos son menores o sujetos a tutela y no cuando los herederos son mayores. Todo esto quiere decir que

«la citación de acreedores y legatarios» exige otra explicación, más allá de la partición de herencia, pues ésta no puede darle sentido.

La única manera de que el inventario y la citación al mismo de acreedores y legatarios cobre una explicación es entendiendo que esa citación es la que hay que realizar cuando se practica el inventario del beneficio de inventario, único supuesto en que el legislador ha previsto con esa amplitud la citación a acreedores y legatarios. Sobre esta base, compárese el párrafo último del artículo 1.057 con el párrafo segundo del artículo 1.014 del Código y se verá la íntima relación entre ambos supuestos, como si estuviesen calcados a la letra, sin más diferencia que en este último caso el que insta el inventario y la citación es el «heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos» y, en cambio, en el párrafo tercero del artículo 1.057 es el Comisario, porque el heredero no tiene todavía en su poder los bienes de la herencia. Ese párrafo del artículo 1.014 dice que «el heredero deberá pedir, a la vez, la formación del inventario y la citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniera».

El inventario realizado por el contador, con citación no sólo de acreedores y legatarios, sino también de los herederos mismos, aprovecha a cualquiera de éstos, si antes o después aceptan la herencia a beneficio de inventario, pues hay que aplicar la idea de que el inventario puede aprovechar a otras personas que así lo quieran, existiendo una manifestación de esta regla en el artículo 1.022 del Código Civil en relación con otro supuesto.

La interpretación aquí dada enlaza al final con lo dispuesto en el artículo 1.084 del Código, según el cual «hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubieren aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio». «En uno y otro caso, el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partida, hubiese quedado él solo obligado al pago de la deuda». Y decimos que guarda relación con la interpretación aquí dada de los artículos 1.057 y 1.014, porque existiendo ya el inventario y entendiéndose aceptada la herencia a beneficio de inventario en el supuesto de menores e incapacitados, los acreedores sólo podrán exigir el pago de sus deudas hasta donde alcance la porción hereditaria de los menores o incapacitados, cuyos representantes legales, a su vez, podrán hacer citar y emplazar a los coherederos para la reclamación de su parte proporcional (arts. 1.084 y 1.085).

*Quinto argumento: las operaciones particionales como realización unilateral y exclusiva del Comisario.*—Es unánime la opinión de que la na-

turalidad jurídica de la partición del Comisario es la de ser acto unilateral y exclusivo del mismo, ya que si los herederos u otras personas intervienen en la realización de todas o algunas de las operaciones particionales queda desnaturalizada la actuación unilateral e imparcial del contador, pudiendo convertirse la partición en otro tipo de partición distinto, a saber, la que denominé en otra ocasión «partición conjunta de contador y herederos». Pues bien, esta naturaleza de la partición puede quedar empañada si se interpreta que el inventario del párrafo tercero del artículo 1.057 es la operación particional de inventario, ya que entonces han de ser citados elementos extraños a la partición del Comisario, que no pueden ser unos simples convidados de piedra. Claro que todavía cabría salir de este obstáculo diciendo que la última palabra la tiene el Comisario en todo caso, o que es una excepción legalmente prevista. Esto quiere decir que el argumento no es decisivo, pero no cabe duda de que respalda a los anteriores razonamientos, pues es mucho más consecuente con la figura del Comisario la idea de que el inventario del párrafo tercero del artículo 1.057 se hace con la presencia de coherederos, acreedores y legatarios porque no es la operación particional de inventario.

*El testimonio de* MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.—Una vez elaborado mi esquema argumentativo respecto a esta primera finalidad del inventario regulado en el artículo 1.057 del Código, comprendí que tenía que haber algún autor que avalara con su autoridad y especialización dicha solución. Efectivamente, PEÑA tiene un libro relativo a «La herencia y las deudas del causante» (21), y si es que necesitaba encontrar algún apoyo doctrinal que no me ofrecía la doctrina mayoritaria antes examinada, ése tenía que provenir de un autor que se hubiera ocupado en profundidad del tema de las deudas de la herencia. La intuición que tenía, se vio confirmada al examinar aquellas partes del libro de PEÑA en que citaba el párrafo último del artículo 1.057, No importa que las referencias sean muy breves y esquemáticas, pues no era objeto de estudio directo por PEÑA. Lo que importa resaltar es que este autor proporciona apoyo a la interpretación aquí dada.

La referencia más decisiva se contiene en una nota a pie de página, donde se lee lo siguiente: «Este precepto (el pár. últ. del art. 1.057) es un vestigio del Proyecto de 1851, según el cual la herencia había de ser a beneficio de inventario cuando los herederos estén sujetos a la patria potestad, tutela o curaduría. La obligación del Comisario de inventariar con citación de interesados «guarda conformidad» con la exigencia de que las herencias, en aquellos casos, se admitan a beneficio de inventa-

---

(21) Publicado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos como tomo 61, volumen 1.º del *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, Madrid, 1967.



rio» (22). Lo que ocurre es que PEÑA no tiene ocasión de entretenerse en el aspecto de las argumentaciones, pero nos sirve como testimonio de conformidad con la solución que ofrezco.

Al estudiar el problema de la forma de la citación en relación con el beneficio de inventario en general, y concretamente si dicha citación puede hacerse no sólo judicialmente, sino también en forma notarial, señala como uno de los argumentos en favor de la forma no necesariamente judicial de la citación, lo dispuesto en el párrafo último del artículo 1.057, diciendo «que también se habla de citación de acreedores y legatarios para inventariar los bienes en ciertos supuestos de partición por Comisario (cf. art. 1.057, últ.), y sería perturbador entender que en todos esos supuestos el inventario había de ser judicial. Confróntese, en el sentido de no exigir, en las citaciones a que se refiere el artículo 1.057, últ., del Código Civil, los requisitos de las citaciones judiciales, la Sentencia de 26 de noviembre de 1955, que supone que el inventario se hace extrajudicialmente. Y nótese que el inventario, a que se refiere el artículo 1.057, adquiere todo el significado pretendido en la Codificación cuando sirve para mantener el beneficio de inventario» (23).

En otro lugar se ocupa, a efectos del beneficio de inventario, si puede valer el inventario realizado con otro fin o promovido por otra persona, y entendiendo que sí, cita, entre otros casos, el inventario «en el supuesto de partición por Comisario habiendo herederos menores de edad o sujetos a tutela» (24).

Merece también resaltarse otra alusión al artículo 1.057 cuando habla de la «desarmonía de la responsabilidad *ultra vires* como sanción al heredero», diciendo que «la desarmonía de la responsabilidad *ultra vires* es aún más notable en un sistema como el español, en que los herederos pueden no tener intervención alguna en la administración y liquidación de la herencia por disposición del testador o de la ley», y cita, aparte de otros artículos, el 1.057 (25). Pues bien, la solución aquí ofrecida atenúa esa desarmonía en el supuesto de herederos menores de edad o sujetos a tutela, pues es un eslabón más para llegar a la responsabilidad *intra vires*.

De todos modos, entiendo que hay que ir más allá en la interpretación del párrafo último del artículo 1.057, a base de señalar la otra finalidad del inventario allí previsto, aunque a estos efectos el testimonio de PEÑA no nos sirva, pues sólo alude a esta relación con la aceptación a beneficio de inventario.

(22) Nota 61 de la pág. 310 de la *ob. cit.* en nota anterior.

(23) *Ob. cit.* en nota 21, págs. 309 y 310.

(24) *Ob. cit.* en nota 21, pág. 313.

(25) *Ob. cit.* en nota 21, pág. 183.

VII. LA SEGUNDA FINALIDAD DEL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL: SUPLENIR LA ACTUACIÓN DEL JUEZ RESPECTO A LA REALIZACIÓN DEL INVENTARIO EN EL LLAMADO JUICIO NECESARIO DE TESTAMENTARÍA

Esta segunda finalidad implica poner en relación el párrafo último del artículo 1.057 del Código con lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece respecto al juicio necesario de testamentaría.

Ante todo, hay que advertir que partimos de la configuración del juicio de testamentaría como un proceso de naturaleza compleja que, de acuerdo con la postura más autorizada, no tiene por objeto exclusivo la partición de herencia, sino que está constituido por un conjunto de operaciones que forman las sucesivas fases del juicio en el supuesto de que éste se desarrolle de una forma completa o total, pero que pueden ser fases u operaciones que se realicen, unas extrajudicialmente y otras dentro del juicio, e incluso cabe que no se realicen todas, porque la pretensión deducida no comprenda todas ellas.

Para llegar a esta interpretación nos basamos en la regulación misma de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, sobre todo, en la distinción que dicha ley hace entre *operaciones de testamentaría* y *operaciones divisorias*, siendo las primeras todas aquellas que se realizan o pueden realizarse en el juicio, y las segundas, u operaciones divisorias, unas concretas operaciones de testamentaría que no son el objeto exclusivo, ni mucho menos, del juicio de testamentaría.

Paso a la cita de preceptos concretos. En el artículo 1.045 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alude a la posibilidad de que el testador nombre una o más personas, facultándolas para que, con el carácter de albaceas, contadores o cualquier otro, practiquen extrajudicialmente *todas las operaciones de la testamentaría*. Esta pluralidad de cargos revela que no estamos necesariamente ante funciones estrictamente divisorias típicas de un contador-partidor, sino a operaciones de más amplio alcance.

En el artículo 1.048, párrafo primero, de la propia ley se lee que «en el juicio necesario, después de haber practicado judicialmente el inventario y depósito de los bienes, conforme a lo prevenido en el artículo 1.095, podrán también los interesados separarse de su seguimiento para hacer extrajudicialmente las demás operaciones de la testamentaría». «En este caso, no pondrá el Juez los bienes a disposición de los herederos hasta después de aprobadas las particiones.» Este precepto veremos que ha sido matizado o modificado por el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil; pero lo que quiero destacar ahora es que el inventario aparece aquí como una de las operaciones de testamentaría,

con una gran autonomía respecto de las otras y no necesariamente unida en su suerte y forma a ellas.

Además del examen completo de las operaciones o fases de testamentaría que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, se desprende la clara distinción entre operaciones de testamentaría que no son divisorias y operaciones propiamente divisorias. Existe, en primer lugar, la formación del inventario, que en caso de menores, incapacitados o ausentes ha de hacerse judicialmente según dicha ley, y han de ser hechas las citaciones que veremos (arts. 1.095 y 1.063 a 1.067 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Según el artículo 1.068, «practicadas las diligencias prevenidas en los artículos anteriores, mandará el Juez convocar a Junta a los interesados, señalando el día dentro de los ocho siguientes, para que se pongan de acuerdo sobre la administración del caudal, su custodia y conservación». Con ello entramos en la operación de administración y depósito, que también es operación de testamentaría y no operación divisoria, al igual que la formación de inventario (se regula esta operación en el artículo 1.095, núms. 2 y 3, y en arts. 1.068, 1.069, 1.096, 1.097, 1.098, 1.099, 1.100, debiendo tenerse en cuenta la remisión que hace el artículo 1.097 a las reglas sobre administración de «abintestatos» —artículos 1.005 al 1.035, salvo el 1.008—). Sólo después vienen las operaciones divisorias, que arrancan del artículo 1.070, es decir, una vez que está ya realizada la formación del inventario y acordado lo procedente respecto a administración y depósito de los bienes, y con independencia de ello. Así, el artículo 1.070 dice que «en la Junta, a que se refiere el artículo 1.068, los interesados deberán también ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de uno o más contadores que practiquen las operaciones divisorias del caudal. Si no lo consiguieren, cada parte o grupo de partes que tengan idéntico interés en la testamentaría designará un contador, y se intentará el acuerdo de todos para elegir un contador dirimente, que habrá de ser Letrado». Siguen con la regulación de los contadores los artículos 1.071 y siguientes hasta el 1.093, interesando especialmente el artículo 1.077, que dice lo siguiente: «Las operaciones divisorias deberán presentarse por los contadores extendidas en papel común y suscritas por ellos, y contendrán:

- 1.º Relación de los bienes que en concepto de cada uno formen el caudal partible.
- 2.º Avalúo de todos los comprendidos en esa relación.
- 3.º Liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes».

Estas son las operaciones divisorias, de las que queda excluida la formación de inventario que con las citaciones preceptivas se ha reali-

zado con anterioridad a ellas y directamente por el propio Juez, según el número 1.º del artículo 1.095, a diferencia de las operaciones divisorias que se hacen después, y por el contador o contadores, sin perjuicio de que según la ley las apruebe el Juez. Sólo se habla en el artículo 1.077 de una relación de bienes, que es un inventario meramente *documental*, no el inventario previamente formado con toda solemnidad, y ese inventario documental es precisamente operación divisoria, y el otro más solemne no lo es, porque es previo a las operaciones divisorias.

Que el juicio de testamentaría puede no comprender todas las operaciones de testamentaría reguladas, se desprende no sólo de lo dispuesto en los artículos 1.047 y 1.048, que prevén que los interesados de común acuerdo practiquen o decidan extrajudicialmente algunas de ellas, sino del supuesto en que insten el juicio los acreedores, pues lógicamente éstos no tienen legitimación para intervenir en las operaciones divisorias en sí mismas consideradas, dado lo dispuesto en el artículo 1.082 del Código Civil, que limita su actuación a oponerse a que se lleve a efecto la partición, sino que han de dirigirse a la formación de inventario y administración y depósito de los bienes y a la oposición a la entrega, pues el artículo 1.093 de la ley dice que «cuando se haya promovido el juicio a instancia de uno o más acreedores, no se hará entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción». También puede suceder que las operaciones divisorias no entren en el juicio de testamentaría por haberlas realizado el testador o haber encargado para hacer tales operaciones, o sea, la simple facultad de hacer la partición a un contador (supuestos de los arts. 1.056 y 1.057 del Código Civil). Pero aun así podría tener interés instar el juicio para otras operaciones de testamentaría, y concretamente para la formación de inventario, para la administración, custodia y conservación de bienes y para la oposición a la entrega, desde el punto de vista de los acreedores de la herencia. Ahora bien, respecto a la operación de testamentaría de formación de inventario, tampoco entra en el juicio de testamentaría, según mi interpretación, cuando existe contador-partidor, pues en tal caso tiene un deber *legal* (no testamentario) de formar inventario con citación de acreedores, legatarios y coherederos, que suple esa operación de inventario del juicio necesario de testamentaría.

De modo que, desde esta perspectiva, se llega a la conclusión de que el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, por un lado, ha modificado el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento, respecto a la aprobación judicial de la partición del Comisario, dado lo dispuesto en la *primera parte* del párrafo último del artículo 1.057 del Código, y, por otro lado, también ha modificado el número 1.º del artículo 1.095 de la ley, que prevé la formación judicial del inventario, dado lo dispuesto en

la *segunda parte* de dicho párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, que establece, por disposición de la ley, que es el Comisario el que debe inventariar los bienes de la herencia con las correspondientes citaciones.

Naturalmente, esta relación que apunto entre el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil y el inventario del juicio necesario de testamentaria requiere también una demostración, como en el caso de la primera finalidad, lo que intento a continuación.

*Primer argumento: Histórico.*—Hemos visto cómo el párrafo último del artículo 1.057 tiene su precedente directo y claro en el artículo 901 del Proyecto de 1851. Esto quiere decir que si bien la primera de las funciones o finalidades del inventario tiene una clara explicación histórica, la segunda finalidad que ahora planteo no está del todo cubierta desde el punto de vista de la argumentación histórica.

Sin embargo, no me resisto a pasar en silencio un precepto del Anteproyecto de 1882-1888 del Código Civil, que puede tener cierto interés interpretativo respecto a esta segunda configuración del inventario.

Me refiero al artículo 1.077 del Anteproyecto, que venía a continuación de los equivalentes a los actuales artículos 1.058 y 1.059 del Código.

El citado artículo 1.077 del Anteproyecto decía así: «Esta formalidad será necesaria en toda partición de bienes en que se hallen interesados menores, incapacitados, personas sujetas a tutela o ausentes de ignorado paradero, salvo siempre la voluntad del testador en cuanto a los bienes de su libre disposición».

Hay que anotar varias cosas a este precepto.

En primer lugar, «esta formalidad» es la que señala el artículo 1.076 anterior, que dice que «cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, se hará judicialmente, conforme a las reglas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil». Por tanto, la formalidad prevista en el Anteproyecto es la de someterse a las reglas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, una de las cuales es, como se sabe, el «inventario judicial» previo a la partición propiamente dicha.

En segundo lugar, se alude a «toda partición de bienes en que se hallen interesados menores, incapacitados, personas sujetas a tutela o ausentes de ignorado paradero», y, por tanto, comprende también las particiones de Comisario, al decirse claramente «toda partición». Además, se refiere al supuesto principal del párrafo tercero del artículo 1.057 actual, es decir, al supuesto de «menores o sujetos a tutela», aunque hable también de ausentes, como la Ley de Enjuiciamiento Civil hace precisamente, según veremos más adelante.

Por otra parte, aunque esto sea intrascendente, la indicación de «formalidad necesaria», no puede menos de recordarme al adjetivo de «necesario» con que es calificado procesalmente el juicio necesario de testamentaría en tales supuestos.

En cuarto lugar, se deja a salvo «la voluntad del testador en cuanto a los bienes de su libre disposición», que concuerda exactamente con lo que establece el artículo 1.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y también con lo previsto en los artículos 1.044 y 1.045 de la misma.

Por último, el artículo 1.077 tiene su precedente, según indica el propio Anteproyecto de 1882-1888, en el artículo 951 del Anteproyecto belga de LAURENT, que dice que «cuando estén interesados en la partición menores, incapacitados, enajenados internados, personas bajo curatela, ausentes o no presentes, aquélla se verificará con arreglo a las formas prescritas por la Ley de 12 de junio de 1816». Además, en nota a pie de página del Anteproyecto, se lee lo siguiente: «Esta ley aligeró las formalidades para evitar 'las largas y costosas formalidades de las particiones judiciales': la partición se hace notarialmente, con cierta intervención judicial» (cita de LAURENT, tomo III, com. al art. 951 del «Avant-projet») (26).

De todas estas anotaciones al artículo 1.077 del Anteproyecto, se puede obtener la conclusión de que existía latente pocos meses antes de la definitiva edición del Código Civil, el problema de la relación entre el juicio necesario de testamentaría de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la partición de herencia. Si se tiene en cuenta que este artículo 1.077 no ha pasado a la redacción definitiva del Código Civil y, sin embargo, ha pasado el párrafo último del artículo 1.057 del mismo, que en el Anteproyecto no existía, puede pensarse en el establecimiento de alguna relación entre uno y otro, de forma que el párrafo último del artículo 1.057, introducido a última hora, puede cobrar alguna explicación en su relación con ese artículo 1.077, suprimido curiosamente también a última hora.

Los puntos de contacto, ya señalados, son significativos y pueden revelar que el párrafo último del artículo 1.057 actual no sólo entronca con el Proyecto de 1851, según vimos antes, sino también con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ya entonces vigente.

*Segundo argumento: paralelismo o coincidencia entre el supuesto del artículo 1.057, párrafo último, y el supuesto del juicio necesario de testamentaría.*—Ensayo ahora el argumento de interpretación sistemática, no ya de preceptos dentro del mismo Código, sino de preceptos de dis-

---

(26) *Ob. cit.* en nota 16, pág. 333.

tintos Códigos —Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil—, pero pertenecientes a un único ordenamiento y a una misma materia.

El supuesto de hecho del artículo 1.057, párrafo último, del Código hemos visto que es el de existencia de algún heredero menor de edad o sujeto a tutela y, al mismo tiempo, existencia de contador-partidor nombrado por el testador.

En la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a propósito del juicio necesario de testamentaria, aparece también ese supuesto.

Así, el artículo 1.041 de la ley citada dice lo siguiente: «Será necesario el juicio de testamentaria en los casos en que el Juez deba prevenirlo de oficio. Estos casos serán: 1.º Cuando todos o algunos de los herederos estén ausentes y no tengan representante legítimo en el lugar del juicio. 2.º *Cuando los herederos, o cualquiera de ellos, sean menores o estén incapacitados*, a no ser que estén representados por sus padres».

El párrafo tercero del artículo 1.057 del Código Civil responde a este segundo supuesto. En cuanto al primer supuesto, el de los ausentes, no se recoge por el artículo 1.057. Sin tratar de explicar en profundidad esta omisión, baste decir que no debe extrañar, desde el momento en que el Código Civil, en el lugar correspondiente, ha regulado con todo detalle y precisión lo que ha de hacerse en el supuesto de persona ausente, con el nombramiento de su representante y con el establecimiento de una reserva hereditaria a favor del ausente en el artículo 191, que ampara suficientemente al mismo.

En cuanto a la otra especialidad que se contiene en el artículo 1.041 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, la referencia al caso de menores o incapacitados que no estén representados por sus padres, en principio cuadra también con el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, pues aun cuando en éste no se hace esa precisión, sin embargo, cabe pensar que al ser un supuesto de existencia de contador-partidor, ya no es el caso directamente contemplado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, al menos en un primer momento, precisamente el del inventario, no consta la representación de los padres ni si éstos tendrán o no un interés contrapuesto con sus representados. Por ello, tampoco puede extrañar ese matiz diferencial.

Ante tal supuesto paralelo, la Ley de Enjuiciamiento Civil, aun existiendo contador-partidor, prevé la realización judicial del inventario. En cambio, el Código Civil señala terminantemente que el que tiene el deber de inventariar es el Comisario y que lo único que debe hacer es citar a coherederos, acreedores y legatarios. Pues bien, como el Código Civil es ley posterior a la de Enjuiciamiento, debe prevalecer la regulación de aquél sobre ésta, tratándose del mismo supuesto. Además, el artículo 1.045 de la Ley de Enjuiciamiento invita a esa derogación, pues en los

artículos 1.044 y 1.045 prevé que el testador haya prohibido expresamente el juicio de testamentaría, a lo cual da eficacia la ley, siempre que dicho testador «haya nombrado una o más personas, facultándolas para que, con el carácter de albaceas, contadores o cualquiera otro practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaría». Si esto se prevé respecto al caso del testador, con mayor razón hay que darlo por entendido cuando es la ley la que impone al contador-partidor el deber de formalizar el inventario, que es lo que ocurre en el párrafo tercero del artículo 1.057.

*Tercer argumento: paralelismo o coincidencia entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento respecto al concepto de inventario.*—Al estudiar la primera finalidad del inventario del artículo 1.057 del Código, he tratado de demostrar que es un inventario distinto en su naturaleza, requisitos y efectos de las operaciones particionales, aunque se encomiende por la ley al contador-partidor de la herencia. Los argumentos allí expuestos, principalmente el que resulta del propio texto del artículo 1.057, nos sirven ahora también para destacar la autonomía de dicho inventario respecto de las operaciones particionales.

Pues bien, en el juicio de testamentaría, el inventario aparece igualmente como una operación distinta de las divisorias, aunque se trata en el mismo capítulo que ellas. Antes hemos visto cómo la Ley de Enjuiciamiento Civil diferencia las operaciones divisorias de las demás operaciones previas de testamentaría, y que entre éstas se encuentra la operación de inventario en su sentido propiamente dicho de acto jurídico de descripción y fijación de los bienes. El otro sentido de «inventario», es decir, el de operación particional, es denominado por la ley «relación de bienes», y no tiene la regulación ni el alcance y efectos que tiene el inventario propiamente dicho. Así resulta especialmente de los artículos 1.070 y 1.077, pues el primero de ellos se refiere a la práctica de operaciones divisorias por parte de los contadores, y esas operaciones no pueden comprender el inventario regulado en los artículos 1.063 a 1.067, ya que éste lo ha hecho ya el actuario con anterioridad al nombramiento de los contadores; y en cuanto al artículo 1.077, ya citado, señala como contenido documental de las operaciones divisorias, entre otros aspectos, «relación de los bienes que en concepto de cada uno formen el caudal partible», sin exigir ningún requisito especial para esta relación.

Es cierto que el artículo 1.046 de la ley puede introducir alguna confusión al decir que «si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas». Pero este precepto, al aludir al inventario, junto



a las operaciones divisorias, puede significar cualquiera de estas dos cosas: o bien que se está refiriendo al inventario como comprensivo de los dos sentidos, de acto jurídico de fijación de los bienes y operación divisoria, o bien que se está refiriendo exclusivamente al primer concepto. En cualquier caso, el efecto es el mismo, pues las «reglas» que puede establecer el testador «distintas de las ordenadas en esta ley», son las del inventario en ese primer sentido, que es el único respecto al cual se dan reglas por la ley en el juicio de testamentaría, pues en cuanto al sentido de «relación de bienes» no existe regla alguna, si no es la escueta referencia del número 1.º del artículo 1.077. Pero queda claro que aun suponiendo que se emplee en sentido amplio, con ello no se empaña la distinción que aparece a lo largo de todo el texto de la ley, ni menos la preferencia de la ley por el concepto de inventario como acto previo y distinto de las operaciones divisorias, que es precisamente lo que quería recalcar al ofrecer este paralelismo de conceptos de inventario entre el del párrafo tercero del artículo 1.057 del Código Civil y el que destaca en el juicio de testamentaría.

*Cuarto argumento: paralelismo o coincidencia entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento en cuanto al requisito de la citación.*—Al tratar de la relación entre el artículo 1.057 y el beneficio de inventario, ya se ha dicho que el requisito de la citación de acreedores y legatarios guarda total identidad con el que se establece a propósito del beneficio de inventario en el párrafo segundo del artículo 1.014 del Código. Pero esto no es obstáculo para señalar ahora este otro paralelismo entre la citación al inventario en el juicio de testamentaría y la citación al inventario del párrafo tercero del artículo 1.057.

Es más, la citación de *los herederos* no cuadra del todo con el beneficio de inventario, pues sabido es que no se exige en ese caso tal citación. Y, sin embargo, en el juicio de testamentaría es necesaria la citación de los herederos, según se desprende del artículo 1.065 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su número 1.º dice que «deberán ser citados para la formación del inventario: 1.º Los herederos o sus legítimos representantes que se hallaren en el lugar del juicio o se hubieren personado en los autos, y por los ausentes, si los hubiere el Promotor fiscal». También interesan, a estos efectos, los artículos 1.056 y 1.057 de la ley, pues vienen a coincidir con los que la doctrina y jurisprudencia, aun manteniendo distinto enfoque, han interpretado en relación con el párrafo tercero del artículo 1.057 del Código Civil. Según el artículo 1.056 de la ley, «si hubiere herederos o legatarios de los antedichos que por ser menores o incapacitados tengan tutor o curador, se entenderá con éstos la citación para el juicio». «Si no lo tuvieren, se les nombrará

o se hará que lo nombren, con arreglo a derecho, a no ser que se hallen representados por sus padres». Y según el artículo 1.057 de la ley, que es aplicable al supuesto del artículo 1.057 del Código, «cuando el tutor, curador, padre o madre tengan en la herencia un interés incompatible con el del menor o incapacitado a quien representen, se proveerá a éste, con arreglo a derecho, de un curador especial para el juicio, cuya intervención se limitará a los actos en que exista dicha incompatibilidad».

Por tanto, la citación de los herederos al inventario sólo se explica adecuadamente si se relaciona el artículo 1.057 del Código Civil con el inventario del juicio de testamentaría, lo que, a su vez, acabamos de ver que proporciona la coincidencia de regulación entre la Ley de Enjuiciamiento y lo que la doctrina y jurisprudencia exigen respecto a la citación al inventario del precepto del Código Civil.

Pero no es sólo esto. Es que en el juicio de testamentaría, y concretamente en la operación de testamentaría de inventario —no en la operación divisoria de relación de bienes—, es necesario citar a legatarios y acreedores de determinado carácter. Aquí la coincidencia es parcial, pues en el juicio necesario de testamentaría no hay que citar a todos los legatarios, sino sólo a los legatarios de parte alícuota, aparte del heredero forzoso a título de legado, que también ha de ser citado, en mi opinión. Tampoco hay que citar a todos los acreedores, sino sólo a «los que hubieren promovido el juicio o hayan sido admitidos en él como parte legítima (núm. 4.º del art. 1.065 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y según el artículo 1.040, no pueden promoverlo los acreedores «cuando tengan asegurado su crédito con hipoteca voluntaria u otra garantía suficiente» y «cuando, en otro caso, los herederos les dieran fianza bastante a responder de sus créditos independientemente de los bienes del finado».

En todo caso, existe también en cuanto a acreedores y legatarios bastante coincidencia. Lo que ocurre es que al ser el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil más amplio en este punto, ello obliga a completar la interpretación con la referencia al beneficio de inventario y no sólo al juicio necesario de testamentaría, como la citación a herederos obliga a completar la interpretación del precepto con la referencia al juicio necesario de testamentaría y no sólo al beneficio de inventario.

#### VIII. COMPATIBILIDAD ENTRE AMBAS FINALIDADES DEL INVENTARIO

En principio, podría extrañar mi interpretación partiendo de que el inventario del beneficio del mismo nombre y el del juicio necesario de testamentaría son dos instituciones diferentes que nada tienen que ver entre sí.

Sin embargo, la relación entre dichas instituciones es más profunda de lo que a primera vista pudiera parecer.

En primer lugar, desde el punto de vista histórico, hay que advertir que el juicio de testamentaría y el procedimiento de aceptación a beneficio de inventario han estado mezclados. PEÑA nos dice que «en la práctica tradicional española aparecen los juicios de testamentaría y abintestato en los que, de acuerdo con la complejidad de su finalidad, se combinan diversos trámites: *los exigidos por el beneficio de inventario*, por la *actio familiae ercundae* y por el principio «primero es pagar que heredar» (PEÑA, pág. 70). Y en nota a pie de página completa esto diciendo: «La práctica entendía que el juicio de testamentaría empezaba con el inventario que hace el heredero de acuerdo con la Partida 6, 6, para impedir las consecuencias dañosas de su omisión (cf. SIGÜENZA: *Cláusulas*, II, 11; *Inventario*, 1, 3, pág. 359; *Febrero*, II, núm. 2.092, página 226)».

«Se entendía que estas reglas de las Partidas, a pesar de que se restringían a una finalidad muy concreta (el beneficio de inventario), eran casi las únicas en que el legislador determinaba algo sobre la tramitación de estos juicios (cf. HERNÁNDEZ DE LA RÚA: *Comentarios*, III, página 5)» (27).

Quiero recordar también dos artículos del Anteproyecto de 1882-1888, que revelan un estado de opinión histórico sobre la relación entre las dos instituciones que estudiamos. Según el artículo 1.032 del Anteproyecto, incluido en la sección titulada «Del beneficio de inventario», éste «se formará judicialmente, en la forma prevenida por la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio de testamentaría». «Sólo en el caso de que todos los interesados tengan capacidad para obligarse podrá hacerse extrajudicialmente ante Notario. No obstará para esto la oposición de algún acreedor o legatario si tiene asegurado su crédito con hipoteca o se le garantiza el pago de otro modo.» Y según el artículo 1.033, «cuando se hubiere prevenido el juicio de testamentaría o el de abintestato, se procederá en la forma establecida para estos juicios en la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero el heredero que quiera utilizar el derecho de deliberar el beneficio de inventario, deberá hacer en ellos esta manifestación y gestionar lo conveniente para que el inventario se principie y concluya en los plazos antes expresados».

Además, en la legislación vigente aparece recogida la relación de instituciones, hasta el punto de que algunos aspectos y detalles de la una sirven para cubrir la regulación de la otra.

Así, en el Código Civil se dice que el Juez competente para conocer

---

(27) Ob. cit. en nota 21, págs. 70 y 71.

de la manifestación acerca del beneficio de inventario es el de la testamentaria o del abintestato (art. 1.014 del Código Civil). Y según el artículo 1.020, «en todo caso, el Juez podrá proveer, a instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescriba para el juicio de testamentaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Por su parte, en la Ley de Enjuiciamiento Civil está el artículo 1.052, que dice lo siguiente: «No obstará el juicio de testamentaria para que los herederos ejerciten en tiempo y forma el derecho de deliberar o el beneficio de inventario». «Al promover el juicio podrán pedir el término legal para deliberar o manifestar que aceptan la herencia a beneficio de inventario.» «En uno y otro caso, formalizado que fuere el inventario, el Juez mandará que se les ponga de manifiesto para que puedan resolver lo que convenga a sus intereses.» Por tanto, no sólo hay una declaración de compatibilidad de estas instituciones, sino que hay una clara manifestación de que pueden darse dentro del mismo juicio, pues la petición de beneficio de inventario se puede plantear como pretensión en el propio juicio de testamentaria. Además, téngase en cuenta que en el supuesto de menores o incapacitados no es necesario hacer la petición del beneficio de inventario en el caso del artículo 992, párrafo segundo, del Código Civil, por lo cual el Juez que conoce de oficio en el juicio de testamentaria tendrá en cuenta este precepto, a los efectos de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.052 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que acabo de citar. Ese párrafo se da en un ambiente —en el anterior al Código Civil— en que da la sensación de que el inventario del juicio de testamentaria es el mismo que el del beneficio de inventario. No obstante, una vez publicado el Código Civil, el artículo 1.052 de la ley ha de entenderse completado, en el sentido de que se necesitará citar a efectos del beneficio de inventario a todos los acreedores y legatarios, y no sólo a los que se prevé para el juicio de testamentaria. Pero en todo caso, este trámite revela la gran relación entre una y otra institución.

Por todo ello, no debe extrañar que ambas estén presentes en el último párrafo del artículo 1.057 del Código Civil, según la interpretación que he dado.

#### IX. EL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 1.057 Y EL INVENTARIO COMO OPERACIÓN PARTICIONAL DE LA HERENCIA

Aunque, según mi posición, el inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código no es el inventario-operación divisoria, nada se opone a que una vez hecho el inventario en la forma y a los efectos que

señala dicho precepto, el contador-partidor lo utilice a los fines de formalizar las operaciones particionales. Pero en seguida hay que advertir que eso no quiere decir que tengan que confundirse ambos sentidos de inventario. Una cosa es que el inventario hecho en cumplimiento del deber legal impuesto al contador, lo pueda aprovechar para el inventario o relación de bienes *documental* base de la partición, y otra es que los requisitos exigidos por el párrafo último del artículo 1.057 sólo sean exigibles respecto al inventario que en el precepto se regula y no para el otro inventario.

Por tanto, posible relación entre uno y otro concepto de inventario, sí; confusión entre la naturaleza, requisitos, efectos y alcance de uno y otro, no.

Es más, nada tendría de particular que el legislador haya impuesto al Comisario ese deber legal de hacer el inventario a los efectos indicados, pensando en que, de todos modos, tendría que hacer un inventario como una de las operaciones de simple partición de herencia que le encomendó el testador (según el párrafo primero del art. 1.057 del Código Civil). Porque una cosa es aprovechar la figura del Comisario a tal efecto y otra confundir ambos tipos de inventario y desconocer los requisitos y efectos del inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, que nada tiene que ver con las operaciones particionales de la herencia, según he tratado de demostrar. El inventario operación particional está incluido en la «simple facultad de hacer la partición» del párrafo primero del artículo 1.057, y el inventario como deber legal específico está incluido en el párrafo segundo de dicho precepto, como una cuestión diferente.

#### X. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA INTERPRETACIÓN AQUÍ MANTENIDA ACERCA DE LAS DOS FUNCIONES DEL INVENTARIO DEL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 1.057

La consecuencia más importante de haber explicado el inventario del párrafo último del artículo 1.057 fuera de las operaciones particionales, es que cualquier defecto o irregularidad que se produzca respecto a la formación de ese inventario no tiene por qué afectar a la validez y eficacia de la partición. Y es que, según la interpretación expuesta, el inventario no es operación de partición de herencia, sino un acto jurídico diferente que es consecuencia de una obligación nacida de la ley. El incumplimiento de esa obligación legal dará lugar, como enseña la teoría general de las obligaciones, a que se pueda instar el cumplimiento por cualquier interesado, a que el Juez actúe de oficio respecto a la formación del inventario del juicio necesario de testamentaria, e incluso, a que el

Comisario responda de los daños y perjuicios que se pruebe ha causado por el incumplimiento del deber legal. En cambio, el incumplimiento del párrafo último del artículo 1.057 del Código no dará lugar a la nulidad de la partición si el Comisario, cumpliendo el encargo impuesto por el causante, realiza las operaciones que constituyen la simple facultad de hacer la partición de modo regular, entre las cuales no hay por qué excluir la relación de bienes que constituyen la masa partible, pero a sabiendas de que no es el inventario del párrafo último del artículo 1.057 y por ello no le afectan sus requisitos.

En cuanto a los defectos o irregularidades de la citación o la falta de citación a determinados interesados o a quienes deban ser los representantes legales de los menores o sujetos a tutela, o al defensor de dichos menores en caso de conflicto de intereses con sus padres, la consecuencia podrá ser la nulidad del acto jurídico de inventario y, por tanto, el incumplimiento de ese deber legal impuesto por el precepto, pero tampoco hay por qué pensar que quedan afectadas las operaciones particionales en su validez y eficacia.

Desde el punto de vista registral, el resultado de la interpretación dada consiste en que no tiene importancia para la inscripción de la partición realizada por el contador, el acreditar si se ha cumplido o no ese deber legal de realización de inventario con los requisitos del precepto objeto de estudio. Y como no afecta a la validez o eficacia de la partición, parece que es una cuestión que queda fuera de la calificación registral de la partición. Sin embargo, contemplando el fenómeno sucesorio en su conjunto y no sólo desde la perspectiva de la partición, no hay ningún inconveniente en que el Registrador antes de inscribir se plantee el problema de la colaboración con la norma legal y exija, al menos, que el Comisario manifieste que ha realizado el inventario con las citaciones que señala el artículo 1.057. Damos esta última solución a sabiendas de que lo más coherente con nuestra interpretación es no preocuparse para nada del requisito del párrafo tercero del artículo 1.057, a efectos de inscripción de la partición. Pero con ella, se sigue la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque con distinto fundamento y efectos, pues aquí se plantea esa manifestación como un exponente de colaboración en el cumplimiento de un deber legal, pero sin que la veracidad o realidad de esa manifestación pueda afectar a la validez de la partición y del asiento practicado.

En cualquier caso, con la solución dada se rechaza terminantemente la posición de aquellos autores y sentencias del Tribunal Supremo que entienden que la infracción del párrafo último del artículo 1.057 da lugar a la nulidad de la partición, ya sea la anulabilidad o la nulidad

absoluta, pues ya he dicho que es un requisito que queda fuera de la partición en sí misma considerada.

Aparte de esta consecuencia fundamental, otras consecuencias son:

— El inventario realizado por el Comisario en el supuesto de heredero menor o sujeto a tutela, con la citación de coherederos, acreedores y legatarios, sustituye al inventario que habría que realizar en otro caso a efectos de la aceptación a beneficio de inventario. Esto tiene también importancia, pues en el párrafo último del artículo 1.057 no se exige ningún requisito de forma para la formación del inventario ni tampoco para la citación al mismo, con lo que queda facilitado dicho acto jurídico, pues, por regla general, el inventario y la citación habría que realizarlos judicialmente, discutiéndose por algunos si cabe también la forma notarial. En el párrafo último del artículo 1.057 no se exige nada de esto, por lo que cabe la forma judicial, la notarial o la privada, siguiéndose las reglas generales de prueba de las obligaciones. Ahora bien, respecto a los plazos podría aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.017 del Código Civil, pues no cabe dejar una obligación legal sin sujeción a plazo. En cuanto al plazo para hacer la citación a los coherederos, acreedores y legatarios, el Código Civil no dice nada, pero debe entenderse que se trata de una obligación legal urgente, dada la finalidad de la misma, y podría aplicarse el plazo de diez días, a contar desde que supo ser Comisario, que marca para el heredero el artículo 1.014, sin perjuicio de reconocer que se trata de un plazo muy breve, pero es que el cumplimiento de esa obligación legal de inventario y el comienzo de las actuaciones también es urgente.

— El inventario realizado por el Comisario, a efectos del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, sustituye también al que debe realizarse judicialmente de oficio en el juicio necesario de testamento, lo cual representa una ventaja para menores o sujetos a tutela, pues se evitan los mayores gastos y formalidades que la doctrina tradicional ha venido apuntando. Precisamente, el artículo 1.066 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede servir de orientación respecto a la realización del inventario describiendo los bienes de la herencia por el orden que en él se indica.

— Otra consecuencia de la solución que ofrezco es que el conflicto de intereses entre padres e hijos, a efectos del nombramiento de defensor judicial, no tiene que medirse por el conflicto existente en la partición misma, sino que hay que atenerse al inventario, pues bien podría suceder que existiera conflicto de intereses en la partición y no en ese inventario previo, o viceversa, que se produjera el conflicto con motivo del inventario y no con motivo de la partición de herencia. En este aspecto, el ya

citado artículo 1.057 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es aleccionador, pues alude a la intervención limitada «a los actos en que exista dicha incompatibilidad».

— Piénsese también en el problema concreto de si el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil se aplica o no cuando en lugar de ser herederos los menores o sujetos a tutela, son legatarios de parte alícuota. La contestación que habría que dar, desde mi perspectiva, es que contemplando exclusivamente la primera finalidad, es decir, la de la aceptación a beneficio de inventario, no tiene ningún objeto el inventario y la citación de acreedores y legatarios cuando los menores o incapacitados no son herederos, sino legatarios de parte alícuota, pues sabido es que estos últimos no responden a las deudas y cargas de la herencia. En cambio, atendiendo a la segunda finalidad, es decir, la relacionada con el inventario del juicio necesario de testamentaría, hay que resolver la cuestión en el sentido de que el Comisario debe también formalizar el inventario, si bien citando entonces a herederos, legatarios de parte alícuota y acreedores que no tengan garantía suficiente de sus créditos.

— Otro problema es el de si hay que citar al cónyuge del causante. Aunque el párrafo último del artículo 1.057 del Código no alude a él de modo directo, la relación que he apuntado entre dicho precepto y la Ley de Enjuiciamiento Civil lleva a la necesidad de citarle también. Incluso cabría interpretar que ya está comprendido dentro del artículo 1.057, pues el cónyuge puede ser, según la teoría que se siga, heredero (heredero forzoso lo llama el propio Código Civil), legatario (recuérdese la frase de PUIG BRUTAU: «es un heredero forzoso que no es forzoso que sea heredero) o acreedor (respecto a las cantidades que tenga derecho a recibir al liquidarse la sociedad conyugal).

— Otra consecuencia práctica de la solución que ofrezco es que resuelve el problema de si los acreedores que deben ser citados al inventario son únicamente los acreedores de la herencia o lo son también los acreedores particulares de los herederos. Ya de entrada hay que advertir que lo lógico es interpretar que el artículo 1.057 se refiere únicamente a los acreedores del causante, pues habla de «inventariar los bienes de la herencia» y, además, los acreedores particulares del heredero son un problema ajeno al Comisario. Pues bien, con la interpretación dada se llega a ese mismo resultado, pero encontrando el fundamento de la solución, que no es otro que el de relacionar el precepto con la regulación del beneficio de inventario y con el juicio de testamentaría, pues tanto en uno como en otro, los acreedores que son citados son únicamente los del causante y no los particulares del heredero, a los cuales les queda a salvo el derecho que señala el artículo 1.083. No siempre la doctrina ha llegado a esta clara conclusión, y si no, recuérdese la refe-



rencia de MANRESA al artículo 1.083, al explicar la citación a los acreedores en el comentario al artículo 1.057 del Código.

— Otra consecuencia es la aplicación al inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código el concepto de «gastos de inventario» del artículo 1.033 del Código Civil, y no el de «gastos de partición» del artículo 1.064, con el matiz diferencial que resulta de la comparación de ambos preceptos. Así, por ejemplo, el nombramiento de defensor judicial de los menores al solo efecto de ser citado para el inventario del artículo 1.057 no sería, si se sigue mi interpretación, a cargo de los menores, sino a cargo de la herencia (aplicación del art. 1.033 y no del 1.064).

En fin, también se puede solucionar el problema de si el testador puede o no dispensar del deber del párrafo último del artículo 1.057 al Comisario encargado de la simple facultad de hacer la partición. Aquí también cabe hacer una matización, según una u otra de las finalidades del inventario. Atendiendo a la finalidad de beneficio de inventario, el párrafo primero del artículo 1.010 dice que «todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido». Pues bien, como según la primera finalidad estudiada, el inventario del párrafo último del artículo 1.057 está pensado para facilitar el beneficio de inventario, no cabe hablar de dispensa del testador al Comisario de un deber que lo impone la ley no el testador. Ahora bien, atendiendo a la segunda finalidad del inventario, es decir, la del juicio necesario de testamentaría, habría que tener en cuenta lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual, «si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas». Pero la dispensa del testador tampoco afecta a los acreedores, de modo que conjuntando ambas finalidades, hay que llegar a la conclusión de que el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil es imperativo y no puede ser dispensado el Comisario por el testador del deber legal de formar inventario, por la incidencia que el mismo puede tener en la aceptación a beneficio de inventario.

— Se resuelve también la separación del avalúo del concepto de inventario, pues en esas instituciones no existe confusión entre ambas operaciones.

— En cuanto al problema de si se aplica el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil cuando los herederos son menores *emancipados*, ya lo he resuelto antes, al comentar la jurisprudencia de la Dirección General en el mismo sentido que ésta, es decir, resolviendo

que no se aplica entonces el párrafo citado. Aunque las dos finalidades del inventario podrían apoyar también esa misma solución, no hay necesidad de mayor profundización, pues ello resulta del propio texto del precepto, al comparar los dos términos que emplea, de «menor de edad» y «sujeto a tutela», pues si entre estos últimos no entran los emancipados, según los artículos 200 y 278 del Código, y si el artículo 324 (hoy 323-3.º) equipara el menor habilitado al menor emancipado, sería absurdo que tuvieran distinta regulación a efectos del párrafo último del artículo 1.057, tal como he dicho anteriormente.

— Por último, la interpretación dada puede aportar algunos elementos para resolver la difícil cuestión de si el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil es o no aplicable a Cataluña, tal como se estudia a continuación.

#### XI. ¿ES APLICABLE A CATALUÑA EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL?

No hay ninguna duda de que el párrafo primero del artículo 1.057 del Código Civil es aplicable a Cataluña, pues es el que establece la partición por Comisario, por encargo del testador, prohibiendo que sea uno de los coherederos. También es aplicable la primera parte del párrafo último, al decir que «lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela», siendo de esta parte de donde se deduce la innecesidad de aprobación judicial de la partición de Comisario y la modificación sufrida en este aspecto por el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el citado párrafo del Código, que es igualmente aplicable a Cataluña con esa importante consecuencia.

En cambio, en vista de la interpretación aquí mantenida, hay que plantear si el último párrafo del apartado tercero del artículo 1.057 del Código es aplicable a Cataluña, cuestión de la que apenas hay mínimas referencias en la doctrina de los autores que se han ocupado de las especialidades del Derecho catalán. Así, pasan en silencio esta cuestión los comentaristas FAU Y CONDOMINES y GASSIOT. En cuanto a FIGA FAURA, que no tiene más remedio que ocuparse del problema, dado el enfoque de su libro de Derecho civil catalán, en el que inserta aquellos preceptos del Código Civil que son aplicables a Cataluña, se limita a incluir todo el artículo 1.057 y, por tanto, también el párrafo último entre los artículos que tienen aplicación en Cataluña, aunque sin hacer comentario alguno, dado el propósito de su obra (28).

(28) FIGA FAURA: *Manual de Derecho Civil catalán*, Barcelona, 1961, pág. 548.

Con relación a la legislación anterior a la Compilación de Cataluña, hay que citar a BORRELL Y SOLER, que recoge el párrafo último del 1.057 al estudiar la figura de la partición por Comisario, diciendo: «Por los herederos menores de edad no emancipados y por los incapacitados deben citarse personalmente por lo dicho en la nota 24. El Fiscal debe serlo por las personas inciertas y por los ausentes que no tuvieren persona determinada que les represente en el lugar de su última residencia.» BORRELL se ocupa también de los efectos que según él tiene la falta de inventario: «Si no se tomare inventario en la forma que dispone el artículo 1.057 del Código Civil no se gozarían las ventajas que el mismo concede; y, por consiguiente, los herederos deberían aprobar la partición como si ellos le dieran fuerza, aplicándose lo que preceptúa el artículo 1.049 LEC, de igual modo que si hubiese practicado la división un albacea no autorizado para hacerla» (29). Parece como si BORRELL entendiese, sin decirlo expresamente, que la obligación de inventario sustituye al requisito de la aprobación judicial de la partición, aspecto éste del que ya me he ocupado al principio, rechazándolo de plano.

Lo curioso de la exposición de BORRELL viene cuando, al estudiar la figura de la aceptación a beneficio de inventario, cita concretamente el inventario del párrafo último del artículo 1.057 (30). Hay aquí una tentación del subconsciente, pues parece que ello implica una relación del artículo 1.057 con la aceptación a beneficio de inventario. Pero la tentación no se consuma, pues en realidad no se atreve a aplicar al inventario del 1.057 la misma normativa que al inventario del beneficio de inventario, en lo cual termina por ser consecuente con su opinión de ver en el párrafo último del artículo 1.057 una mera norma de partición de herencia. Veamos lo que dice en relación con todo esto:

«En Cataluña no se observa la disposición romana que exigía la intervención de los acreedores de la herencia, de los legatarios y de dos o tres testigos. Jaime II dispensó de esta concurrencia a Barcelona y su veguería (que subsiste como privilegio: Constitución única) y también en Girona. Tampoco se practican, por haber caído en desuso, las disposiciones catalanas que exigían, en su caso, la intervención del fideicomisario y, en su defecto, la de dos personas designadas por el Juez, para que el fiduciario pudiese retener la trebeliánica. En el inventario que han de tomar los tutores debe intervenir el protutor y dos testigos designados por el Consejo de Familia.» Y después añade: «En fin, es necesaria la citación de los coherederos, legatarios y acreedores para el inventario que deben tomar los Contadores-partidores, si alguno de los

(29) BORRELL y SOLER: *Derecho Civil vigente en Cataluña*, tomo V, pág. 508, 2.<sup>a</sup> ed.

(30) *Ob. cit.* en nota anterior, pág. 481.

herederos fuese menor de edad o sujeto a tutela (art. 1.057, fin., del Código Civil)» (31).

La opinión que mantengo es diferente de la de estos autores, sobre todo en relación con la Compilación vigente, pues entiendo que hay que matizar la aplicación del último párrafo del artículo 1.057 a Cataluña, en el sentido de que sólo de modo limitado y no en todos los supuestos cabe señalar tal aplicación.

Si no hubiera defendido la interpretación del párrafo último del artículo 1.057 del Código en el sentido de que tiene esas dos finalidades que le hacen estar relacionado, por un lado, con la aceptación a beneficio de inventario, y por otro, con el inventario del juicio necesario de testamentaria, el planteamiento de la aplicación del precepto a Cataluña sería muy simplista, pues sólo fuera de esas indudables relaciones, y prescindiendo de ellas, cabría decir: «Como la Compilación no prevé nada acerca de ese aspecto concreto de la partición del Comisario debe regir íntegramente el Código Civil, ya que según la disposición final segunda de la Compilación 'en lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general'.»

Pero como la relación con esas dos instituciones me parece evidente, atendiendo a la argumentación antes expuesta, ello obliga a plantearse el problema en Cataluña no con ese simplismo, sino contrastándolo con las especialidades de todas estas instituciones en Derecho catalán.

Así, respecto a la primera finalidad que he asignado al inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, es decir, el de facilitar la aceptación a beneficio de inventario en el supuesto de herederos menores o sujetos a tutela, no cabe aplicar esta finalidad en Cataluña, dado lo dispuesto en los artículos 261 y 262 de la Compilación.

En cuanto al requisito de la citación al inventario, a tales efectos, no es aplicable a Cataluña, dada la remisión que el artículo 261 hace al 199. Según el artículo 261 de la Compilación, «el heredero que no haya obtenido término para deliberar podrá, aunque el causante lo haya prohibido, aceptar la herencia y gozar del beneficio de inventario, siempre que, con expresión de verificarlo a este fin, practique, antes o después, inventario de la herencia en el tiempo y *forma* que prescribe el artículo 199, sin que sea necesaria la valoración de los bienes inventariados». Y según el artículo 199, «para la formación del inventario (el de la cuarta trebeliánica) no será preciso citar a persona alguna, pero podrán intervenir en ella los fideicomisarios —léase aquí los coherederos, acreedores o legatarios— que lo soliciten».

---

(31) Página y *ob. cit.* en nota precedente.

Esto en cuanto a la innecesidad de citación. Y respecto a la innecesidad del propio inventario, el artículo 262, en su párrafo primero, es bien claro: «Gozarán de pleno derecho de este beneficio, aunque no hayan tomado inventario, los herederos menores de edad no emancipados o habilitados, los incapacitados, etc..»

Por tanto, el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, en tanto en cuanto esté relacionado con la finalidad del beneficio de inventario, es inaplicable a Cataluña, porque, en tales supuestos, ni es necesario inventario para gozar de tal beneficio (art. 262) ni es preciso hacer citación alguna (art. 261, en relación con el 199).

Ahora bien, como he asignado al párrafo último del artículo 1.057 otra finalidad, la de cubrir el inventario previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el supuesto de juicio necesario de testamentaria, hay que plantearse si en Cataluña puede cumplir esta otra finalidad el precepto.

Desde luego que la Ley de Enjuiciamiento Civil, como Ley general que es, tiene plena aplicación en Cataluña, y por ello también lo que se refiere al juicio necesario de testamentaria. Siguiendo este argumento, resultará que si, a efectos de tal juicio, debe existir inventario, y el Código se lo encarga al Comisario, esa modificación o complemento de la Ley procesal puede ser perfectamente aplicable a Cataluña.

Lo que ocurre es que hay que hacer varias matizaciones, pues también hay que recordar que la Ley de Enjuiciamiento Civil deja a salvo lo que el testador haya dispuesto de otra forma acerca del inventario y administración de la herencia, lo cual a su vez puede ponerse en relación con algún precepto de la Compilación.

Ante todo, hay una especialidad muy interesante en Cataluña en relación con el Contador-partidor, aparte de otras que ahora no interesan. Me refiero a la relación entre dicha figura y la de albacea universal, que resulta de la propia Compilación. Uno y otro cargo son distintos, rigiéndose cada uno por su específica normativa, acerca de lo cual no se plantea ninguna duda. Pero es claro también que la Compilación asigna al albacea universal de entrega nombrado por el testador la función de «realizar, en su caso, la partición de herencia», «de no haber Contador-partidor».

Tenemos, pues, un primer supuesto, el de albacea universal de entrega con facultad de realizar la partición de la herencia, al no existir Contador-partidor, porque la Compilación así lo dice, siempre que el testador no haya excluido tal facultad (párrafo último art. 237). En este caso, en que el albacea universal realiza las operaciones particionales, ¿debe hacer también el inventario y la citación del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil? La contestación parece debe ser negati-

tiva, por lo siguiente: el artículo 238 dice que «los albaceas universales formarán inventario de la herencia dentro del año siguiente a la muerte del testador». Esto quiere decir que deben hacer inventario, en todo caso, y por señalárselo así un precepto específico de la Compilación, precepto que no exige que se haga citación alguna.

La innecesidad de citación resulta en este caso del silencio del artículo 238 de la Compilación. Podría confirmarse ese silencio, acudiendo también al artículo 199 de la Compilación, pero no es conveniente ni necesaria tal confirmación. No es conveniente porque el artículo 238 no se remite al 199, a diferencia de otros supuestos de inventario en que así se hace, por lo que no obedece a una razón clara tal remisión analógica. Y no es necesario porque si la citación es un «*plus*» o requisito *adicional* del inventario, el silencio del legislador en el artículo 238 invita a no exigirlo.

Además, puede obtenerse otra conclusión: ese inventario realizado por el albacea universal, en cumplimiento del artículo 238 de la Compilación, puede evitar el inventario judicial del juicio necesario de testamentaría, siempre que con su rápida actuación o diligencia evite la actuación judicial, ya que es una obligación legal impuesta al albacea nombrado por el testador, y si éste puede evitar la intervención judicial en el inventario (art. 1.046 LEC), señalando al albacea la forma en que debe hacerlo (art. 1.045 LEC), esto mismo ha de resultar cuando el albacea nombrado por el testador tiene según la Ley esa obligación legal de hacer inventario.

Un segundo supuesto es el de coexistencia de albacea universal y Contador-partidor. En este caso, el albacea universal no tiene la facultad de realizar la partición de herencia, dado lo dispuesto en el párrafo penúltimo del artículo 238, pues dicha facultad corresponde al Contador-partidor. Sin embargo, el albacea universal sigue teniendo la obligación legal de hacer inventario a que se refiere el citado artículo 238. La pregunta que debemos hacernos es: ¿esa obligación legal de inventario del albacea universal puede evitar la obligación legal de inventario del Contador del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil? La contestación ha de ser matizada y dubitativa. Existe la regla general, aplicada por la doctrina tradicional y recogida en el párrafo último del artículo 199 de la Compilación —este párrafo sí puede ser de aplicación general, dada su finalidad—, consistente en que el inventario realizado por una persona aprovecha a los que tuvieren interés u obligación respecto al inventario. En tal sentido, podría decirse que si el albacea universal hace el inventario, el Contador-partidor puede no hacer inventario aprovechándose del inventario legalmente realizado por el albacea universal. Pero si el albacea universal no hace inventario o no lo hace con

la urgencia que las circunstancias aconsejen, nada habría de impedir, en principio, que el Contador-partidor cumpliera por sí mismo la obligación legal de hacer inventario a que se refiere el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, lo cual le evitará responsabilidades y hará innecesaria la realización judicial del inventario del juicio de testamentaría. Y todavía podría añadirse: si el inventario realizado por el albacea universal evita el del juicio necesario de testamentaría, el inventario realizado por el Contador-partidor con los mismos requisitos que el del albacea universal, es decir, sin citaciones, debe tener el mismo efecto. Sin embargo, esta conclusión no es segura y ofrece un punto débil: la diferenciación entre albacea universal y Contador-partidor, a efectos de la operación siguiente al inventario, pues mientras aquél tiene facultades de administración de la herencia, el Contador-partidor no, lo cual hace muy dudosa la aplicación analógica entre uno y otro respecto a esa operación de inventario previa. Lo más seguro es concluir que el Contador-partidor tiene la obligación legal de inventario del párrafo último del artículo 1.057 del Código a efectos de cubrir el inventario del juicio necesario de testamentaría. De aquí se desprende que en este supuesto el precepto resulta aplicable a Cataluña. Pero aparte de la matización que resulta de poder aprovecharse el Contador del inventario realizado por el albacea universal sin citaciones, existen otras especialidades, que consisten en que las personas que han de ser citadas en Cataluña a efectos del juicio de testamentaría son diferentes de las que resultan del párrafo último del artículo 1.057 del Código y aun de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, en Cataluña, el legatario de parte alícuota «no podrá promover el juicio de testamentaría» (párrafo último del art. 224 de la Compilación), y, en consecuencia, no tiene que ser citado al inventario realizado a tal fin. De igual manera, «el derecho a la legítima (catalana) no autoriza a promover el juicio de testamentaría», por lo que el legitimario tampoco ha de ser citado al inventario. Sólo quedan como interesados que han de ser citados los herederos y aquellos acreedores de la herencia que no tengan debidamente garantizados sus créditos.

Hay otro supuesto, que es el de Contador-partidor sin que exista albacea universal. En este caso, parece que el Contador-partidor tiene la obligación legal de formar inventario que le señala el artículo 1.057 del Código Civil, si bien con la misma especialidad que acabamos de ver respecto al supuesto anterior, o sea que la citación sólo debe hacerla a los herederos y acreedores no garantizados. Sin embargo, conviene meditar acerca de lo que dispone el párrafo segundo del artículo 99 de la Compilación, pues según cuál sea su interpretación repercute en el problema que examinamos. Dicho párrafo establece que «en defecto de al-

bacea con facultad de administrar, y a instancia del heredero llamado, el Juez podrá nombrar un curador para que represente y administre la herencia con arreglo a lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece sobre administración de los juicios de testamentaria». Si estamos ante el supuesto de inexistencia de albacea con facultad de administrar, parece que es aplicable la norma y que el Juez debe nombrar un curador que represente y administre la herencia conforme al juicio de testamentaria. Pero ¿cómo repercute esto en el Contador-partidor? ¿Quiere ello decir que el curador nombrado por el Juez es el que debe cumplir la función del párrafo último del artículo 1.057 del Código? Parece que no, pues el nombramiento se limita a la operación de testamentaria de «administración de la herencia», sin aludir para nada a la previa operación de inventario, por lo que respecto al mismo subsiste la normativa general, es decir, la obligación legal impuesta al Contador-partidor por el párrafo último del artículo 1.057 con las especialidades de citación ya apuntadas.

Podríamos haber llegado más allá en la interpretación, diciendo que, sea cual fuere el supuesto de los estudiados, la citación para el inventario es innecesaria en Cataluña, a base de generalizar lo que dispone el repetido artículo 199 de la Compilación en relación con el inventario de la cuarta trebeliánica, que aparece como una especie de patrón de los diferentes inventarios que se contemplan en la Compilación. Pero no hay que llegar a tanto, mientras no se reforme el Derecho vigente, pues la Compilación utiliza efectivamente ese patrón, pero sólo en aquellos casos en que hace una remisión expresa al mismo, y concretamente en el inventario de la viuda tenuataria (art. 40, párrafo segundo), en el inventario de la cuarta falcidia (art. 226, párrafo último) y en el inventario de la aceptación beneficiaria (art. 261, párrafo primero). En cambio, ninguna remisión hace la Compilación en otros supuestos de inventario, silencio que confirma, por contraste con esos otros casos, que no es aplicable necesariamente el inventario de la cuarta trebeliánica. Así, en el inventario de los herederos de confianza (art. 119), en el de los albaceas universales (art. 238), en el del usufructo del artículo 250 (en que la Compilación no dispensa de la obligación de inventario) y en el inventario que debe hacer el Contador-partidor en el supuesto del párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil.

## XII. REFERENCIA A LAS COMPILACIONES DE NAVARRA Y ARAGÓN

La especialidad de estos dos territorios forales es que la responsabilidad del heredero por deudas del causante es limitada, sin necesidad de hacer inventario. Si se acepta la interpretación aquí mantenida, ello re-



percute en la solución que habría que dar a la norma en estos territorios. Sin embargo, conviene distinguir entre Aragón y Navarra, pues mientras la Compilación aragonesa no ha incluido un precepto similar al artículo 1.057, la Compilación de Navarra, sí, y ello produce distintas consecuencia, pues en Aragón es directamente aplicable el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil, tal como resulta de la interpretación del mismo, sea una u otra, pero la de él. En cambio, en Navarra hay que estar a lo que resulte del texto de la Ley 342, que puede llevar a distintas conclusiones que las que derivan del texto del artículo 1.057 del Código.

Respecto a Aragón, la aplicación del párrafo último del artículo 1.057 del Código ha de matizarse, pues en ese territorio no puede cumplir la primera de las dos finalidades del precepto, anteriormente examinadas, con lo que huelga la citación de acreedores y legatarios a efectos del beneficio de inventario, al no ser necesario éste. Pero puede mantenerse la exigencia de citación de coherederos, legatarios de parte alícuota y acreedores con créditos sin garantizar, dado que la segunda finalidad, consistente en cumplir extrajudicialmente el inventario previsto para el juicio de testamentaría, es de aplicación general. A lo más que podría llegarse es a mantener que el Contador debe citar a todos los acreedores sin distinguir, si es que no quiere entrar en la calificación de cuáles son los que tienen garantía y cuáles no.

En cuanto a Navarra, la Ley 342, bajo el título de «Inventario», y dentro del capítulo de «Partición por Contador-partidor», tiene el siguiente contenido: «Si alguno de los herederos fuera menor de edad, incapacitado o declarado ausente, el Contador-partidor, salvo dispensa del causante, deberá inventariar los bienes de la herencia con citación de los herederos, acreedores y legatarios.»

Este precepto tiene redacción diferente del párrafo último del artículo 1.057. En primer lugar, se añade el supuesto del ausente, que también está en el juicio de testamentaría de la LEC, pero cuya exclusión del 1.057 antes he tratado de explicar. En segundo lugar, se añade la posibilidad de «dispensa del causante», que hemos visto que también resulta del artículo 1.046 de la LEC y cuya aplicación al artículo 1.057 no la estimé admisible, atendiendo a la finalidad relacionada con el beneficio de inventario. Claro que como en Navarra no rige éste, no hay ningún inconveniente en admitir la «dispensa del causante». En tercer lugar, no existe la coma que tanto atrajo mi atención en el párrafo último del artículo 1.057, pues en la Ley 342 va seguida la palabra «herencia» de las «con citación», lo que podría facilitar la interpretación de que lo específico de la actuación del Comisario no es «inventariar», sino «inventariar con citación», es decir, «citar al inventario», lo que no sé si

es suficiente para decidirse por una u otra solución, por este solo hecho, limitándome a apuntar la diferencia.

Fuera ya del problema del texto literal de la Ley 342, y centrándome en su contexto dentro de la Compilación y en las finalidades antes apuntadas, hay que decir que la finalidad del beneficio de inventario es inaplicable, pues la Ley 318 impone la «responsabilidad *intra vires*», sin necesidad de inventario. Entonces parece que sólo queda la segunda finalidad, la del inventario del juicio necesario de testamentaría, máxime advirtiendo esos mayores parecidos del texto de la Ley 342 con los correspondientes preceptos de la LEC sobre aquel inventario. Sin embargo, tengo que reconocer que existe una diferencia muy importante que puede dar lugar a excluir esa interpretación en Navarra. La diferencia consiste en que en la LEC no hay que citar a todos los acreedores ni a todos los legatarios y, en cambio, en la Ley 342 no se distingue, lo que quiere decir que han de ser todos esos interesados, igual que ocurre en el texto del artículo 1.057, pero con la diferencia a su vez respecto a éste en que en el 1.057 la amplitud se explicaba por cumplir el precepto esa otra finalidad que no cabe en Navarra. Entonces, ¿qué decir de la Ley 342? ¿Cabe explicarla por la finalidad exclusiva de sustituir al inventario judicial previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil por el inventario del Comisario? Pero entonces salta la pregunta antes hecha: ¿por qué se citan aquí, aparte de a los herederos, a *todos* los acreedores y legatarios? La amplitud de los acreedores podría explicarse por lo ya dicho respecto a Aragón, de no hacer entrar al Comisario en una calificación de la garantía de los créditos; pero la amplitud de los legatarios no se explica, pues el concepto de legatario de parte alícuota es clarísimamente diferenciable de los demás legatarios. No obstante, podría darse tal explicación. La otra posibilidad sería, en vista de la redacción de la Ley 342, de su textual inclusión dentro de la partición y de las demás especialidades, es considerar que la Compilación navarra ha querido seguir un camino diferente del originario sentido que yo he atribuido al párrafo último del artículo 1.057 y que en este territorio foral el inventario y la citación entran dentro de las operaciones particionales, con todas sus consecuencias.

Dejo a los especialistas de Derecho navarro la última palabra.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA  
Registrador de la Propiedad de Barcelona