

4. EL CONTADOR PARTIDOR NOMBRADO EN JUICIO DE TESTAMENTARÍA PUEDE FORMAR UNA HIJUELA ESPECIAL PARA PAGO DE DEUDAS Y LEGADOS EN LA QUE SE ADJUDIQUEN AL HEREDERO BIENES COMO LIBRES DE UNA PROHIBICIÓN TEMPORAL DE DISPONER ESTABLECIDA POR EL TESTADOR—DICIENDO QUE EL HEREDERO NO ENTRARÁ EN PLENA POSESIÓN DE SU PROPIEDAD HASTA DESPUÉS DE CASADO Y QUE TENGA HIJOS LEGÍTIMOS Y ÉSTOS HAYAN CUMPLIDO LA EDAD DE QUINCE AÑOS, Y MIENTRAS ESTA CONDICIÓN NO SE RECLICE DESEO QUE MIS BIENES RAÍCES TENGAN EN EL REGISTRO ANOTACIÓN ESPECÍFICA DE QUE PERTENECEN A LA RESERVA TRONCAL—. Y ES INSCRIBIBLE TAL ADJUDICACIÓN EN BASE DEL LLAMADO BENEFICIO DE SEPARACIÓN; PORQUE TAL HIJUELA ES INEXCUSABLE PARA SEÑALAR EL DERECHO DE LA LEGATARIA DE PARTE ALÍCUOTA, UNA VEZ SATISFECHOS LOS LEGADOS DE CANTIDAD Y LAS DEUDAS; PORQUE LA ADJUDICACIÓN DE BIENES A UN HEREDERO PARA PAGO DE DEUDAS ES ACTO PARTICIONAL, Y PORQUE EN LAS OPERACIONES JUDICIALES DE LIQUIDACIÓN HAN INTERVENIDO TODOS LOS INTERESADOS, INCLUSO LOS HERMANOS DEL TESTADOR FAVORECIDOS POR LA CLÁUSULA INDICADA, TAL COMO HA SIDO INTERPRETADA POR LOS TRIBUNALES.

Resolución de 1 de septiembre de 1976 (B. O. del E. de 20 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Don A. A., viudo, sin descendencia de su matrimonio, falleció en Madrid el 21 de noviembre de 1962 habiendo redactado testamento ológrafo, en donde, tras declarar que «carece de herederos forzosos» y de confirmar el reconocimiento hecho en anterior testamento abierto de su hijo natural don X. X., ordenó una serie de legados, en metálico casi todos, además de otro legado en usufructo de parte alícuota de su herencia, e igualmente reconoce toda una serie de deudas que gravan su patrimonio, la mayor parte con garantía hipotecaria a favor del Banco Hipotecario, Instituto Nacional de la Vivienda, Caja de Ahorros de Asturias y organismos oficiales de crédito, terminando por instituir heredero universal a su reconocido hijo, en la forma en que a continuación se indica: «...el resto de mi fortuna, así como mis otros bienes muebles e inmuebles, se los dejo a mi hijo X. X., sin otra limitación que la de que estos bienes raíces no podrán ser enajenados por él y no entrará en plena posesión de su propiedad hasta después de casado y que tenga hijos legítimos y éstos hayan cumplido la edad de quince años; mientras esta condición no se realice deseo que mis bienes raíces tengan en el Registro de la Propiedad ano-

tación específica de que pertenecen a la reserva troncal»; en dicho testamento nombra albaceas testamentarios conjuntamente a su hermano F. F., a su hijo X. X. y a su sobrino D. D., los cuales dejaron transcurrir con exceso el plazo legal para realizar sus funciones; tal testamento fue protocolizado una vez cumplidas las formalidades legales ante el Notario de Madrid don Eduardo Terrón con fecha 23 de enero de 1963.

El heredero don X. X. promovió juicio ordinario declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado número 4 de Barcelona, ciudad en la que se había domiciliado, sobre declaración de nulidad de la «reserva troncal» y consiguiente prohibición de disponer contenida en el anterior testamento contra las ignoradas personas que pudieran tener interés en la misma, dado que en dicha reserva no se daban los requisitos necesarios para su existencia, y el mencionado Juzgado, en Sentencia de 9 de septiembre de 1964, admitió la demanda declarando heredero universal al demandante con la libre disposición de los bienes hereditarios.

Los hermanos del testador difunto habían formulado a su vez demanda ante el correspondiente Juzgado de Madrid contra X. X. sobre nulidad de reconocimiento de hijo natural, e igualmente ante otro Juzgado de Madrid la legataria, en usufructo de parte alícuota de la herencia, había promovido juicio de testamentaria de don A. A., en la que fueron citados los demandantes como interesados en la herencia, y es entonces cuando tuvieron conocimiento de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, ciudad con la que no tenía ninguna vinculación ni el causante, que falleció en Madrid, ni los bienes radicados, en Asturias y Madrid, ni ninguno de los interesados en la herencia, por lo que, y tras una serie de actuaciones procesales que no interesan a efectos de este expediente, se interpuso recurso por los hermanos del testador ante la Audiencia Territorial de Barcelona, en la que solicitaban se revocase la sentencia del Juez de Primera Instancia de 9 de septiembre de 1964 y se declarase la existencia de esa reserva a favor de los demandantes, así como que don X. X. había sido instituido heredero universal bajo la condición suspensiva de no ser heredero hasta que hubiera contraído matrimonio y tuviera hijos mayores de quince años, correspondiendo hasta que se cumpla ese evento la herencia a los demandantes como herederos abintestato de su difunto hermano, y la mencionada Audiencia dictó sentencia con fecha 21 de febrero de 1967 por la que, revocando la del Juez de Primera Instancia, declara la validez de la institución de heredero hecha por el testador, con la limitación de disponer de los bienes que establece el testamento, y no da lugar a la pretensión de los demandantes de ser declarados herederos hasta el cumplimiento de la condición suspensiva que decían existía en la institución de heredero, y este fallo de la Audiencia fue confirmado en todas sus partes por el Tribunal Supremo con fecha 29 de octubre de 1968 al no dar lugar a los recursos de casación interpuestos por todos los interesados.

Como consecuencia del juicio de testamentaria promovido por la legataria de parte alícuota, con fecha 28 de junio de 1974, se dictó auto por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid por el que se aprobaban las operaciones particionales practicadas por el contador-partidor designado para este acto, dada la conformidad de los interesados, que eran el hijo y heredero don X. X. y la legataria de parte alícuota, así como la renuncia por no mantener interés de ninguna clase hecha por los hermanos del testador, y que este auto fue protocolizado en 9 de junio de 1974 en la Notaría de don José Luis Martínez Gil, y en el que para el pago de los legados, cuyo importe asciende a un total de 451.000 pesetas, así como el de las deudas hereditarias, que suponen la cantidad de 3.899.000 pesetas, se formaron sendas hijuelas de bienes para el pago de las anteriores atenciones, en la que se hace constar que no quedarán sujetos los inmuebles que en la misma se reseñan a la prohibición de disponer establecida en el tes-

tamento, quedando el resto de los bienes de la herencia sujetos a la anterior prohibición.

Presentado en el Registro de la Propiedad de Oviedo el anterior documento con la petición expresa de que se inscribieran los bienes de la expresada hijuela con el carácter de libres y de no ser así no se practicara operación alguna, fue calificado el mencionado documento con la siguiente nota: «Presentada la precedente escritura de protocolización de expediente judicial de aprobación de operaciones hereditarias en unión de copia autorizada del último y válido testamento del causante de la misma que instituyó un solo heredero voluntario, al que prohibió la enajenación de los bienes relictos mientras no se cumpliesen determinadas condiciones, y de instancia suscrita por dicho heredero y ratificada ante mí, en que pide se inscriban a su favor, sin limitación alguna en cuanto a su facultad de disposición, los bienes de la herencia que el contador-partidor designado por dicho heredero en el juicio voluntario de testamentaria del que derivó el citado expediente, le adjudicó en comisión para pago de deudas del testador y de los legados ordenados por éste, y, caso de no accederse a su súplica, que se suspendiese la inscripción de los mismos. Y manifestando por el presentante de este título que no se realizase operación alguna respecto del resto de los fincas que comprende el mismo, se denegó la práctica de las inscripciones en la forma solicitada por los siguientes defectos:

Primero.—Porque aceptada por dicho heredero la herencia pura y simplemente y disponiendo el artículo 1.003 del Código Civil que en ese supuesto «quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios», son innecesarias dichas adjudicaciones al heredero en comisión para pago de las deudas hereditarias y testamentarias por estar ya obligado a satisfacerlas, incluso con dichos bienes, desde el momento en que aceptó la herencia sin beneficio de inventario.

Segundo.—Porque el contador designado por el heredero que intervino en el expediente judicial procolizado, cuya tramitación no era necesaria según disponen los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento, carece de atribuciones para interpretar la voluntad del testador; y por no someterse a lo ordenado por éste ni atenerse al sentido literal de las cláusulas testamentarias incumplió la voluntad de aquél al adjudicar al heredero, sin limitación alguna en cuanto a su facultad de disposición, bienes sobre los que el testador había dispuesto que no podrían ser enajenados por el heredero, «que no entrará en plena posesión de su propiedad» hasta que no se «realicen» determinadas condiciones.

Tercero.—Porque instituido el heredero con la limitación de que no podrá enajenar los bienes relictos mientras no se cumplan dichas condiciones, y ordenado además por el testador que dichos bienes se inscriban en el Registro de la Propiedad con «la anotación específica de que pertenecen a la reserva troncal», deberán expresarse aquellas condiciones en sus inscripciones a favor del heredero, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 9 de la Ley Hipotecaria y en el número sexto del artículo 51 de su Reglamento, pues de no hacerlo se vulneraría la voluntad del causante y podrían irrogarse en su día posibles perjuicios a los expectantes derechos de otras personas; y

Cuarto.—Porque por no justificarse debidamente las deudas que se detallan en el inventario bajo los números 2 a 13, por importe de 3.874.000 pesetas, ni precisarse si estaban o no vencidas al fallecimiento del causante, ni si las hipotecas que se dicen las garantizaban recaen o no sobre bienes de la herencia, se considera improcedente su deducción del activo hereditario, y por tanto que se adjudiquen en comisión para su pago determinados bienes de la herencia, que, por otra parte, son valorados en forma notoriamente inferior a la real, con posibles perjuicios para terceras personas.

Y estimando que para practicar las inscripciones en la forma en que se solicitaron son insubsanables los tres primeros defectos, se denegó la práctica de las mismas.

Fueron también presentadas la partida de defunción del causante, certificado del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, acreditativa de que el aludido testamento fue el último que otorgó aquél, y testimonio de particulares expedido el 5 de octubre de 1974 por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid, comprensivo de diversas sentencias obrantes en los autos de juicio de testamentaria del repetido causante que interpretan su testamento y que en parte habían sido recogidas en el presente título.

Don X. X. interpuso recurso gubernativo contra los tres primeros defectos de la nota que tienen el carácter de insubsanables y respecto del cuarto ofrece al Registro presentar las justificaciones oportunas para su subsanación, y en defensa de su derecho alega: Que el contenido del artículo 1.003 del Código Civil citado en el primer defecto de la nota no puede aducirse para impedir la inscripción del título, puesto que como puntualizó la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1896: «A consecuencia de la aceptación pura quedan confundidas la personalidad del heredero y la del causante», expresión que debe entenderse referida al orden patrimonial o de los bienes, por lo que el defecto señalado carece de justificación; que en cuanto al segundo defecto el Registrador no ha tenido en cuenta que no fue el recurrente el que promovió el juicio voluntario de testamentaria, sino la legataria de parte alícuota, y no se hizo por los interesados ninguna objeción al cuaderno redactado por el contador, no siendo por tanto pertinente la cita que se hace del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento, toda vez que aquel procedimiento universal no fue buscado por el recurrente para obtener el refrendo judicial de la liquidación de la herencia, sino consecuencia de la actuación de la citada legataria; que si bien es cierto que el contador-partidor fue nombrado por el heredero y no por el causante, por lo que carece de atribuciones para interpretar la voluntad del testador, este hecho no es por sí solo suficiente para denegar la inscripción solicitada; que en cuanto al tercer defecto señalado, si se mantiene el criterio del funcionario calificador, no sería posible el cumplimiento de las obligaciones de la herencia, dando lugar a que los acreedores pudieran llegar a la subasta judicial, con el consiguiente daño para el caudal hereditario; que en un supuesto semejante al contemplado, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 1910 señaló que para la liquidación de toda herencia es preciso el previo pago de las deudas y obligaciones hereditarias y que las limitaciones acerca de la facultad de disponer impuestas por el testador a los herederos, solamente alcanzan a los bienes que particularmente se les adjudiquen, y que en igual sentido se pronuncia la Resolución de 19 de septiembre de 1929.

El Registrador mantuvo su calificación informando que como cuestión previa interesa aclarar que el recurrente en el escrito que acompaña a la escritura de partición pide expresamente que las inscripciones registrales de las fincas que se adjudican para pago de deudas y legados se efectúen sin la limitación impuesta por el causante, y de no poder hacerse así se suspendiese la inscripción de las mismas, manifestando el presentante que no se realizase operación alguna respecto al resto de las fincas, lo cual produce como consecuencia la limitación de la función calificadora teniendo en cuenta el principio de rogación que informa la legislación hipotecaria; que la alegación del recurrente en cuanto al primer defecto de que el contenido del artículo 1.003 del Código civil no puede servir de base para impedir la inscripción del título sería aceptable si no se pretendiese que la inscripción se realizara en la forma libre de limitaciones instada por el heredero, pero siendo así, la vulneración de dicho artículo sería evidente;

que por ello se consideran innecesarias dichas adjudicaciones al heredero para pago de las deudas y legados de la herencia, ya que conforme al precepto citado está obligado a satisfacerlas desde que aceptó la herencia pura y simplemente; que a los argumentos del recurrente para combatir el primer extremo del segundo defecto ha de responderse que ni el juicio voluntario de testamentaria ni el expediente sobre aprobación de operaciones particionales eran necesarios para lograr las inscripciones a favor del único heredero, conforme a lo dispuesto en los referidos artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento, sin que la aprobación judicial del citado expediente lo convierta en documento judicial que supedita al funcionario calificador a las limitaciones a que se refiere el artículo 99 del Reglamento Hipotecario respecto a los documentos expedidos por la autoridad judicial; que las atribuciones del contador nombrado por el heredero no podrán ser mayores que las que tenía el que lo designó, estando limitadas a lo expresamente ordenado por el testador, debiendo someterse estrictamente a las cláusulas testamentarias y ateniéndose al sentido literal de las palabras del testamento, conforme a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias que cita, siendo también este criterio mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias resoluciones; que el Registrador se ratifica también plenamente en cuanto al defecto señalado con el número 3 de la nota, ya que instituido el heredero con unas limitaciones terminantes y precisas que expresan claramente la voluntad del testador, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil; que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1964 sienta la doctrina de que el testamento es el título básico para inscribir la transmisión hereditaria, al que tienen que someterse no sólo los interesados, sino también los contadores, que no podrán alterar o modificar caprichosamente el contenido de las cláusulas testamentarias; y que no son de aplicación al caso debatido las Resoluciones de la Dirección General de 16 de septiembre de 1910 y 19 de septiembre de 1929, invocadas por el recurrente en apoyo de su tesis por ser totalmente distintos los supuestos de hecho.

El Notario autorizante de la escritura calificada, tras hacer constar que su actuación se había limitado a protocolizar el expediente judicial de aprobación de las operaciones hereditarias sin haber intervenido en la confección del cuaderno, informó que aunque la nota de calificación está inspirada en el plausible deseo de proteger a los posibles reservatarios troncales y cumplir lo dispuesto en la letra del testamento, no parecen decisivos los defectos que comprende; que en cuanto al primero no parece procedente la alegación del artículo 1.003 del Código civil, pues el hecho de que el heredero que acepta pura y simplemente una herencia sea personalmente responsable de las deudas de la misma no es contrario a que en realidad lo que se hereda es el conjunto de bienes del causante después de satisfechas las deudas de la herencia; que el argumento pierde aún más fuerza existiendo un legatorio de parte alícuota, ya que la existencia de este y de otros legatarios de parte específica hacen imprescindible la determinación del contenido económico de la herencia, por lo que procede la adjudicación para pago de deudas como medio para determinar la parte de herencia líquida sobre la cual se aplicará la cuota en el caso del legatario de parte alícuota; que en cuanto al segundo defecto hay que hacer constar que los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento no son aplicables, pues se refieren a la inscripción de heredero único y no al caso de que exista una legataria de parte alícuota, que fue la promotora del juicio voluntario de testamentaria, estando legitimada para ello conforme al artículo 1.038, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que la validez del tercer defecto y segunda parte del segundo de la nota de calificación depende de la significación que se atribuya a la cláusula testamentaria de institución de heredero, que dada su redacción exige ineludiblemente una

interpretación para determinar la significación de la ambigua expresión «reserva troncal» que no tiene un significado propio en nuestro derecho; que es evidente que la cláusula exige una interpretación que se basará en primer lugar en la voluntad del testador, y cuando ésta no sea clara, se acudirá a los demás medios de interpretación; que el criterio del informante para calificar jurídicamente lo dispuesto en esta cláusula es el de que se trata de una sustitución fideicomisaria en la que existe obligación de entregar los bienes a unos segundos llamados conforme a lo dispuesto en el artículo 785 del Código civil, que en este caso sería una sustitución fideicomisaria condicional consistiendo la condición en el cumplimiento de los tres requisitos previstos en la cláusula; que tal sustitución fideicomisaria afecta a la legítima del hijo natural que por esta causa podría impugnarla para que se declarase libre de tal traba la tercera parte de la herencia en que consiste la legítima, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 842 del Código civil, y que en realidad el problema de fondo que se plantea es el de quién debe representar a los sustitutos fideicomisarios en los actos de partición; que si el heredero hubiese exigido la entrega libre de su cuota legítima, lo que no ha ocurrido, plantearía un problema idéntico al que ha originado la nota sobre la adjudicación para pago de deudas, y nadie dudaría del indiscutible derecho del heredero a tal exigencia, que al carecer de solución legal la cuestión planteada ha dado lugar a un amplio abanico de soluciones por parte de la doctrina, y que de entre ellas, la mejor fundada en derecho, por su mayor sentido práctico y claridad, es la que entiende que puede el fiduciario por sí solo, sin intervención de nadie representar a los posibles fideicomisarios y realizar los actos particionales, siempre que exista una garantía de formación de inventario con intervención judicial; que en el caso que se estudia en el que existe la garantía de dicha formación de inventario, valoración y partición hecha por un contador partidor y aprobada judicialmente, la adjudicación para el pago de deudas realizada, parece la forma más práctica de resolver el problema, ya que evita que por ejecución de los créditos desaparezcan los bienes raíces, causando el máximo perjuicio a los fideicomisarios condicionales.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, declarando que el defecto primero señalado en la misma plantea el importantísimo tema de la persistencia individualizada del patrimonio hereditario, o sea, si es compatible el concepto residual de la herencia con la idea de sucesión universal, de forma que, aunque se pierda el beneficio de inventario y sobrevenga la responsabilidad *ultra vires*, no desaparece la autonomía del patrimonio hereditario; que en nuestro Derecho histórico, tras la aceptación, haya o no beneficio de inventario, persiste el principio de la individualización del patrimonio del causante, al decirse no haber herencia, sino en el residuo (partida 7.ª, 33, 8), principio que prevalece hasta la codificación e incluso en la jurisprudencia que lo considera principio general del Derecho; que si bien al publicarse el Código civil se generaliza en la doctrina la idea de la confusión del patrimonio hereditario con el patrimonio del heredero (sistema francés), no puede desconocerse el principio de autonomía, e incluso en el supuesto de heredero único, como principio de derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado; y admitir lo contrario sería admitir la disolución del patrimonio hereditario sin base en ningún precepto legal, abandonándola a la voluntad de los particulares; que del artículo 1.003 del Código civil no cabe deducir que por la aceptación pura y simple el heredero pase a responder con todos sus bienes, confundiéndose indiferenciadamente el propio patrimonio con el patrimonio hereditario, sino que este artículo quiere decir que el heredero es ante todo responsable de las cargas de la herencia con los bienes de ésta y si acepta pura y simplemente es además responsable

ultra vires; que la responsabilidad es independiente del fenómeno sucesorio en sí, reforzando la garantía del acreedor y afectando a la titularidad del patrimonio responsable, pero no a su estructura en cuanto a soporte de responsabilidad y garantía de los acreedores; que como afirma el Notario informante que protocolizó las operaciones particionales, que lo que se hereda es el conjunto de bienes del causante después de pagar las deudas hereditarias y que además al existir legatario de parte alicuota y varios legados específicos es imprescindible la determinación del contenido económico de la herencia; que en cuanto al segundo defecto no cabe invocar el artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento porque no estamos ante el supuesto de heredero único; que deben considerarse como válidas las operaciones realizadas por el contador designado en juicio universal para determinar el patrimonio líquido y consiguiente hijuela y adjudicación para pago de las deudas hereditarias, hechas a título de encargo o fiducia, por ser actos puramente particionales y adjudicaciones de las llamadas propias, como resulta de varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que cita y de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1946; que en cuanto al tercer defecto las limitaciones impuestas en la cláusula de institución de heredero cualquiera que sea su naturaleza jurídica, no pueden recaer sobre los bienes que no son adjudicados al heredero en pago en su haber hereditario, sino, en definitiva, para pago de los acreedores, a los cuales no pueden afectar tales limitaciones que el propio causante no podría establecer frente a ellos; que las referidas limitaciones han de recaer sobre las inscripciones que se efectúen en favor del heredero en pago de su haber hereditario (art. 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento), pero no sobre los bienes adjudicados al mismo a título de simple fiduciario para pago de las deudas del causante, y en cuanto al último defecto, está fuera de la función calificadora del Registrador, aparte de que la protección a los posibles reservatarios no tiene objeto, dado que se han personado en el juicio universal y renunciado a todo derecho.

Apelado el Auto presidencial por el Registrador, la Dirección General (1) acordó confirmar el Auto apelado que había revocado la nota del Registrador en base a la siguiente

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

En este recurso gubernativo, y antes de entrar en el estudio de las cuestiones que aparecen señaladas en la nota de calificación, se hace necesario advertir—dada la repercusión que forzosamente habría de tener—que no se entra en el examen de la incidencia que sobre el punto central del recurso pudiera presentar la intangibilidad de la legítima del que en diversos pasajes del expediente aparece como hijo natural del testador, pues aparte de que no ha sido materia de recurso, de los documentos aportados se deduce además que sobre su estado existe o ha existido contienda judicial, cuyo resultado final no aparece reflejado en el expediente.

Entrando en el fondo del asunto, procede dilucidar el primero de los defectos señalados, a saber, si cuando el heredero ha aceptado la herencia pura y simplemente, cabe formalizar una hijuela especial para el pago de las deudas de la herencia y de los legados dispuesto por el testador, en la que los bienes en ella incluidos pueden ser enajenados libremente para cumplir estas obligaciones, con lo que parece podría vulnerarse la voluntad del causante, que ha establecido una prohibición general de disponer hasta tanto se cumplan los eventos que en el testamento ológrafo se indican.

(1) Vistos los artículos 659, 660, 675, 785, 1.003, 1.023, 1.911 y 1.921 a 1.925 del Código civil; 14 y 15 de la Ley Hipotecaria y 82 del Reglamento para su ejecución; 1.031, 1.038, 1.053, 1.077, 1.081 y 1.097 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1968 y 7 de febrero de 1969, y las Resoluciones de este Centro de 24 de junio de 1902, 18 de agosto de 1909, 16 de septiembre de 1910, 29 de abril de 1913 y 19 de septiembre de 1929.

La responsabilidad *ultra vires* es el efecto primordial de la aceptación pura y simple de la herencia por el heredero, ya que tal como establece el artículo 1.003 del Código civil queda responsable de todas las cargas de las misma, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios, más en relación con este expediente lo que interesa ahora examinar es si nuestro Derecho adopta igualmente el sistema de confusión de los dos patrimonios—el hereditario y el del heredero—con la consecuencia de formarse una sola masa para toda clase de acreedores o si, por el contrario, se inclina por la separación de patrimonios, en base al conocido principio de que «primero es pagar, y luego heredar».

Aun cuando la cuestión tiene dividida a la doctrina patria, e incluso una mayoría opta por la tesis de la confusión de patrimonios, en base principalmente a los artículos 639 y 660 del Código civil, un detenido estudio de sus preceptos y de otros Cuerpos legales llevan a la conclusión contraria, ya que:

a) El artículo 1.023, 3.º, del Código civil establece la confusión de los bienes particulares del heredero con los que pertenezcan a la herencia sólo cuando lo sea en «daño de aquél», de lo que se deduce que no opera en daño a terceros, como son acreedores y legatarios, para los cuales el patrimonio hereditario debe permanecer inalterado, lo que es perfectamente congruente con el sistema, ya que de no ser así, podría unilateralmente el heredero, según la postura que adopte—aceptación pura y simple o a beneficio de inventario—, actuar con posibilidad de perjudicar los derechos de los acreedores.

b) El régimen de concurso o quiebra, o las normas imperativas sobre prelación de créditos de los artículos 1.921 a 1.925 del Código civil quedarían sin aplicación a la voluntad del particular, si se confundieran los patrimonios con la obligada secuela de que concurrirían los acreedores del causante y del heredero sobre el nuevo patrimonio formado y con la nueva prelación que correspondería.

c) Las facultades de intervención que a los acreedores hereditarios se confieren en la Ley de Enjuiciamiento Civil—juicio de testamentaria—para lograr el pago o aseguramiento del importe de sus créditos sobre el patrimonio del causante, y todo ello aunque el heredero no se haya acogido al beneficio de inventario o lo hubiese perdido.

En este caso concreto resulta además que la adjudicación de bienes para pago de deudas realizada era inexcusable para señalar el derecho de la legataria de parte alícuota en usufructo, pues hasta que no se determine el verdadero haber de la herencia una vez satisfechas las deudas y los legados de cantidad ordenados por el testador, no cabe fijar con seguridad su derecho, todo lo cual viene a confirmar una vez más la vigencia en nuestra legislación del principio de separación de patrimonios indicado en el considerando anterior.

En cuanto al segundo defecto, al poder promover, según el artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el legatario de parte alícuota el juicio voluntario de testamentaria, equiparándose en este aspecto al heredero y ser, por tanto, al menos dos los interesados, no entran en juego los artículos 14, 3.º, y 16 de la Ley Hipotecaria, que se refieren al supuesto de heredero único, y dentro de este juicio las facultades del contador nombrado se extienden—con las garantías que los preceptos de la Ley Procesal establece—a todos aquellos actos particionales encaminados a la liquidación y realización de las operaciones sucesorias, entre las cuales, sean o no parte los acreedores, se comprenden, según se deduce de la lectura de los preceptos legales, la de afianzar o garantizar el importe de sus créditos, como se ha pretendido hacer en el presente caso a través de la formación de la hijuela para pago de deudas, que permitirá una vez cumplido el encargo, determinar el derecho de la legataria de parte alícuota de usufructo, sin que por ello en principio se haya vulnerado la voluntad

del testador, ya que la prohibición de enajenar establecida sólo recaerá sobre la herencia, entendiéndose por tal la que reste una vez satisfechas las obligaciones que pesaban sobre el patrimonio del causante.

Recaída la prohibición de enajenar sobre aquellos bienes hereditarios que restan una vez que con cargo a los otros se hayan pagado las deudas de la herencia, se ha de entrar en el estudio del punto central del recurso—defecto tercero—con el que los dos primeros están íntimamente relacionados, y que hace referencia a la cuestión de quién tiene las facultades para realizar esa liquidación y consiguiente adjudicación de bienes de la hijuela especial, y a este respecto ha de partirse de que son en principio los herederos y copartícipes del patrimonio hereditario los que tienen, salvo disposición testamentaria o legal en contrario, la plenitud de los poderes en orden a la administración y partición de la herencia, que habrá de realizarse con las debidas garantías para que los que ostenten un interés o un derecho en la sucesión, como este caso, los favorecidos por la prohibición de disponer, no puedan ver alterados, disminuidos o incluso eliminados sus expectantes derechos.

A excepción de algunas Compilaciones Forales, hay que reconocer que en nuestro Derecho se adolece de una falta de regulación sistemática de la materia, o incluso de carencia de normas, lo que hace difícil la busca de solución adecuada, y por ello la doctrina pretende—no sólo en este supuesto concreto de pago de deudas y cargas, sino en el más amplio de enajenación para reemplazar unos bienes por otros—, a través de diversos medios con fundamento en preceptos legales, obtener un resultado positivo a través de la autorización judicial correspondiente—artículo 804 del Código civil en relación con el artículo 186 del mismo Cuerpo legal—o mediante subasta pública en los casos de abintestados y juicios de testamentarías (art. 1.097 en relación con el 1.093 y 1.031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Es fundamental en este recurso atenerse a lo declarado por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1968, al examinar, como consecuencia de la contienda que se planteó, la que el causante denomina «reserva troncal» en su testamento ológrafo, y que nuestro más alto Tribunal, confirmando la interpretación de la Audiencia (sentencia de 21 de febrero de 1967), al fijar su sentido y alcance, y en base al artículo 675 del Código civil, entiende que la voluntad del testador no fue condicionar la institución de heredero, sino gravar al que designa y ya como propietario de los bienes hereditarios con una prohibición de enajenar, inscribible al amparo del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, hasta tanto no haya contraído matrimonio canónico, tenga hijos legítimos que hayan cumplido la edad de quince años y no haya dispuesto *mortis causa* en favor de estos hijos legítimos.

Indicado lo anterior, es de observar que en las operaciones de liquidación de la herencia del causante han intervenido, además de la legataria de parte alicuota que promovió el juicio de testamentaria, el heredero único instituido y los hermanos del testador favorecidos por la prohibición de enajenar impuesta por aquél, sin que el contador designado judicialmente se haya extralimitado en su función, pues de acuerdo con el artículo 1.077 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de la relación de bienes y de su avalúo, puede al realizar la liquidación, como parte de ella, proceder a garantizar a los acreedores el pago de las deudas, lo que ha formalizado a través de la hijuela especial para pago, y que ha sido aprobada por los interesados, expresamente unos, y no oponiéndose al desentenderse de la cuestión los otros, quienes—según consta en el mencionado juicio de testamentaria—presentaron escrito por el que se apartaban de dicho juicio y renunciaban al derecho de designar contador-partidor porque no mantenían intereses de ninguna clase en el mismo, dado el fallo dictado por el

Tribunal Supremo sobre la interpretación del testamento de su hermano y causante.

Confirma lo anterior la reiterada doctrina de este Centro de que constituye un acto particional la adjudicación de bienes a un heredero para pago de deudas y obligaciones de la herencia, y en especial por la similitud con el supuesto de este recurso, habría que citar las resoluciones de 16 de septiembre de 1910 y 19 de septiembre de 1929, que declararon inscribibles los bienes incluidos en aquella hijuela especial que no estaban sujetos en cuanto a su adjudicación y enajenación a la prohibición general de disponer establecida por los respectivos causantes en sus testamentos.

Por último, en cuanto al cuarto defecto, por cierto no recurrido por el interesado, pero tratado por el auto presidencial y apelado por el funcionario calificador, aunque en estrictos términos no debiera examinarse, cabe indicar por razones de economía procesal que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento no es materia propia de la calificación registral el exigir la justificación de que los bienes inventariados hayan sido valorados con arreglo a determinados criterios dictados para fines diferentes, como pueden ser los fiscales.

COMENTARIO.—Esta resolución es más larga y detallista de lo ordinario tanto en los resultando como en los considerandos, pero creo que ha concedido excesiva importancia a puntos que no eran decisivos y, en cambio, ha dejado un tanto imprecisos puntos fundamentales; así, por ejemplo:

— No obstante haber considerado necesario dedicar dos resultandos (el segundo y el tercero) al complicado entramado de litigios surgidos en torno a la herencia de don A. A., el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1968, confirmando la de la Audiencia de 21 de febrero de 1967, se recoge en forma incompleta tanto en el resultando tercero como en el considerando noveno. Cabía entender que aquellos procedimientos eran cuestiones ajenas al recurso o incluso, aunque con más esfuerzo (1 bis), que dichas sentencias, en cuanto interpretaban solamente *inter partes* el testamento, no eran decisivas para la calificación de la partición; pero si se estimó necesario partir de tales procedimientos y sentencias, era imprescindible reflejar el total contenido de éstas respecto a los condicionamientos de la institución de heredero.

— Se concede demasiada importancia (considerandos tercero y cuarto) a los problemas de la responsabilidad del heredero por cargas y deudas, de la confusión de patrimonios y del derecho de separación. Estas cuestiones guardan relación, en cierto sentido, con el principio «antes es pagar que heredar», pero no estábamos ante ningún caso de insuficiencia del patrimonio hereditario, para satisfacer cargas o deudas, ni era decisivo averiguar si en nuestro Derecho se admite, y en qué forma, el beneficio de separación, pues no había ninguna colisión entre acreedores de la herencia y acreedores de los herederos. El problema era distinto y estaba centrado en el carácter impreciso de esos imprecisos *reservatarios troncales* (?), carácter del que derivaba que tuviesen que concurrir o no con don X en unas operaciones particionales de las que resultase una hijuela para pago de deudas, con bienes libres de la limitación que impuso el testador. No había duda de que los herederos debían pagar las deudas hereditarias (antes es pagar que heredar), lo dudoso era determinar quiénes podían contar, pagar y partir.

Los problemas más interesantes que planteaba la sucesión de don X en rigor quedaban fuera del recurso y de la calificación. Por ejemplo, el de la intangibilidad de la legítima del hijo natural que expresamente deja fuera el considerando primero. Y en especial el de la interpretación de la cláusula testamentaria, en la que se limita la disponibilidad de los

(1 bis) En razón al artículo 1.252, apartado 2.º, del Código civil.

bienes raíces, dejándolos pertenecientes a la reserva troncal en tanto no se den ciertos hechos. Esta interpretación había sido judicialmente hecha, pero en cierto sentido la cuestión no había sido totalmente resuelta. La interpretación de esta cláusula era fundamental para determinar las personas legitimadas para partir, y en este aspecto no era totalmente concluyente.

Pero antes de continuar con las dificultades que la cláusula ofrecía, aun después de dictada sentencia, haremos un breve resumen de las posiciones mantenidas en el recurso respecto a cada defecto y una somera referencia a la legislación y jurisprudencia reseñada en el vistos como aplicable.

A) *Defecto primero.*—Se deniega la inscripción de los bienes de la hijuela para pago de deudas hereditarias y testamentarias, como libres de la condición o prohibición temporal de disponer, porque existe un solo heredero que acepta sin beneficio de inventario, por lo que no procede tal hijuela, dado lo dispuesto en el artículo 1.003 del Código. El recurrente, contra la alegación de este artículo, replica con la puntualización que del mismo hizo la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1896 (2); el informe insiste, por cuanto se pretende la inscripción libre de limitaciones; el Notario autorizante no ve que contradiga al 1.003 la hijuela necesaria para que se herede después de pagar y para determinar el montante del legado de parte alícuota. Creo que ni el 1.003 ni la sentencia reseñada tienen que ver gran cosa con la cuestión planteada, como prueba la poca precisión del informe sobre si la referida hijuela era innecesaria o era imposible.

Defecto segundo.—El expediente judicial era innecesario por haber heredero único (arts. 14 de la Ley Hipotecaria y 82 del Reglamento) y además el contador partidario designado en el mismo por el heredero ni puede interpretar el testamento ni incumplir la voluntad del testador adjudicando como libres bienes sometidos por éste a limitaciones o condiciones. El recurrente expone que fue la legataria de parte alícuota quien inició el juicio de testamentaria y que el origen del nombramiento no impide al contador que haga hijuela para pago de deudas. El Registrador insiste en lo innecesario del juicio (heredero único), en que el contador no puede hacer lo que no podría el heredero (vulnerar el testamento) y estima que la aprobación judicial no convierte en judicial el documento, a efectos de la calificación (art. 99 del Registro Hipotecario). El Notario niega que se trate de heredero único y que la legataria de parte alícuota podía promover el juicio de testamentaria (art. 1.038, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento) y el Presidente de la Audiencia se muestra conforme con todo esto y con la validez de las hijuelas formadas por el contador.

Defecto tercero.—La nota insiste en la imposibilidad de vulnerar la voluntad del testador, que impuso las condiciones y limitaciones en cuestión y la orden expresa de anotación específica en el Registro de que los bienes pertenecen a la «reserva troncal», todo lo cual ha de reflejarse en el asiento (art. 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 del Registro Hipotecario). El recurrente alega frente a esto las resoluciones de 16 de septiembre de 1910 y 19 de septiembre de 1919 [1929 (?)]. El Registrador en el informe no estima éstas aplicables y alega, en cambio, el artículo 675 del Código y la resolución de 14 de septiembre de 1964.

El Notario, refundiendo el defecto tercero con la segunda parte del segundo, se adentra en el problema de la interpretación de la cláusula de institución de heredero, de sus condicionamientos y limitaciones y de la ambigua expresión «reserva troncal», y moviéndose acaso con excesiva libertad en relación con las sentencias reseñadas sobre lo mismo, acude

(2) Esta Sentencia de 14 de junio de 1896 dijo que por la aceptación pura quedan confundidas la personalidad del heredero y la del causante, por lo que no pueden los hijos del primer matrimonio impugnar las ventas hechas por su padre binubo.

a la figura de la sustitución fideicomisaria condicional y al problema de quién debe representar a los sustitutos fideicomisarios en la participación, para concluir que la solución dada en la testamentaria de don A. A. (intervención del fiduciario con la garantía de formación de inventario y participación con la intervención judicial) parece ser conforme con la doctrina mejor fundada. El Presidente de la Audiencia no acoge esta interpretación del Notario, y sin entrar en la naturaleza jurídica de las limitaciones impuestas afirma que han de recaer sobre los bienes adjudicados en pago del haber hereditario, pero no sobre los adjudicados para pago de los acreedores. Lo cierto es que el auto presidencial, tal como aparece recogido en el correspondiente resultando, no explica por qué se estimó al contador partidor del juicio de testamentaria legitimado para una adjudicación para pago de deudas como la que se hizo, sin entrar en el problema de la naturaleza jurídica de las condiciones o limitaciones impuestas en la cláusula de institución de heredero.

Defecto cuarto.—Fue admitido por el recurrente, que ofreció presentar las justificaciones pedidas, ofrecimiento que si es comprensible respecto a la mayor parte de las justificaciones pedidas por el Registrador, no lo es tanto respecto del reparo final del defecto cuarto: infravaloración de los bienes de la hijuela, con posibles perjuicios para terceras personas. Es un tanto contradictorio ofrecer justificaciones sobre este reparo sin impugnarlo previamente. Este reparo no carecía de importancia en cuanto que esas terceras personas eran, ante todo, los eventuales reservatarios troncales que podían llegar a heredar conforme a la cláusula. A pesar del allanamiento del recurrente a este defecto, el Presidente de la Audiencia, no sin razón, se acuerda del mismo y lo considera fuera de la función calificadora. Pero más importante que despejar la incongruencia que suponía revocar un defecto admitido por el interesado es observar cómo se aprovecha este defecto para afirmar que no tiene objeto la protección a los posibles reservatarios, dado que se han personado en el juicio universal y renunciado a todo derecho. Aquí apunta un importante motivo para la revocación de la nota del Registrador y surgen las dudas sobre si se trataba de un argumento a mayor abundamiento o el decisivo para el fallo. Si fuese decisivo para el fallo, faltaría una declaración más completa de que no había otros posibles reservatarios troncales que los personados en el juicio de testamentaria (o debidamente citados).

B) 1) El Vistos de la resolución nos orienta sobre las cuestiones que aparecen en el caso. Del Código civil se citan una serie de preceptos, que podemos ordenar así:

— Los artículos 659 y 660, de los que resultan las deudas incluidas en el pasivo de la herencia; 1.911, en cuanto establece el principio de responsabilidad patrimonial universal, y 1.921 a 1.925, que regulan la clasificación de créditos y determinan los privilegiados, carácter que tenían la mayor parte de los recayentes en los bienes de don A. A.

— El 675, que establece la norma fundamental sobre interpretación de testamentos.

— El 785, en cuanto aproxima las sustituciones fideicomisarias y las prohibiciones de disponer. No obstante, la resolución peca de no apurar suficientemente las analogías y las diferencias que a efectos de ser estimados herederos existe entre fideicomisarios y beneficiarios de una prohibición de enajenar, según la intensidad de ésta.

— Los 1.003 y 1.023, que regulan los distintos efectos de la aceptación, según sea pura y simple o a beneficio de inventario (3).

(3) Debemos observar que todas las partes del recurso traen a colación estos preceptos para justificar su postura, aunque ninguna hace referencia a las verdaderas dificultades que estos preceptos plantean, algunas de las cuales afectan incluso al supuesto contemplado: ¿Responsabilidad *intra viribus* o *cum viribus*? ¿Deudas y demás cargas en ambos preceptos?

De los artículos que se citan de la Ley de Enjuiciamiento, el que mejor encaja es el 1.081, del que cabe deducir que el auto aprobatorio de la partición hecha en juicio de testamentaria supone la previa conformidad o al menos el silencio de *todos los interesados*. En cambio, creemos que la cita del 1.031 ayudaba más a la posición del Registrador, en cuanto exige subasta para la venta de los bienes del abintestato que sea necesaria para pago de deudas. La cita de los restantes (arts. 1.038, 1.053, 1.077 y 1.097) no necesitan comentario.

Tampoco la de los artículos 14 y 15 de la Ley Hipotecaria y 82 del Reglamento, a los que todos los intervinientes en el recurso trataban inútilmente de sacar la solución del caso sin probar antes si había o no más herederos que don X.

2) El Vistos no reseña más que dos *sentencias del Tribunal Supremo*: la de 29 de octubre de 1968, confirmando la de la Audiencia de Barcelona de 21 de febrero de 1967 y que fueron ambas dictadas en el litigio surgido entre X. X. y los hermanos de A. A. con motivo de la herencia de éste, y la de 7 de febrero de 1969, que sentó la doctrina de que la aprobación judicial de la partición realizada en juicio de testamentaria no varía la naturaleza del acto particional ni tiene autoridad de cosa juzgada ni puede impedir que los coherederos soliciten la rescisión al amparo del artículo 1.073 del Código o la nulidad de la partición (4).

Las *resoluciones* citadas en el Vistos son:

Las de 24 de junio de 1902 y 18 de agosto de 1909, que dieron carácter de acto meramente particional a las adjudicaciones de bienes a un heredero para pago de deudas, por lo que deben regirse por las reglas de esta clase de actos y no por las establecidas para la enajenación de bienes de menores: no es necesario, por tanto, la aprobación judicial de la partición hecha por el contador partidor, aunque contenga tal adjudicación. También estimó que tenían tal carácter dichas adjudicaciones la resolución de 9 de octubre de 1901 (5).

En el caso de la resolución de 16 de septiembre de 1910, el testador, después de hacer varios legados, instituyó heredera usufructuaria a su hermana y a la muerte de ella a sus sobrinos, prohibiendo a la heredera usufructuaria enajenar, gravar y permutar los bienes heredados en el plazo de diez años. Todos los interesados en la herencia hicieron la partición formando una hijuela para pago de gastos (funeral, testamentaria y pleito sobre testamento) y de legados, adjudicando bienes a la heredera usufructuaria y su marido. El Registrador entendió que sólo podían enajenarse bienes en lo imprescindible para el pago de deudas justificadas y en el informe mantuvo la necesidad de subasta para garantizar este límite. La Dirección revoca la nota porque la prohibición de disponer sólo debe alcanzar a los bienes adjudicados por herencia, porque la adjudicación para pago de deudas es acto meramente particional y porque las costas del litigio y los gastos de testamentaria deben tener el mismo trato que las deudas de la herencia, aunque en sentido estricto no lo sean. La adjudicación era, pues, inscribible, sin perjuicio de las acciones para impugnar la cuantía y justificación de dichas deudas. Como vemos, el caso era bastante parecido al del recurso comentado y también en él queda una ligera duda sobre si en la partición estaban interviniendo todos los interesados en la herencia y en la prohibición de enajenar por quienes el Registrador inten-

(4) En el caso concreto se trataba de si establecida en la partición de un cónyuge la colación de una finca, ha de figurar la misma colación (en cuanto a la otra mitad) en la herencia del otro cónyuge, y se decidió que cabe discutir la obligación de colacionar en la herencia de la madre la finca que fue colacionada en la del padre, puesto que el cuaderno de esta última puede ser impugnado y no cabe basar la colación en el artículo 1.035 por la diferencia entre valor y precio de la finca enajenada sin haber sido impugnada la escritura de compraventa.

(5) La de 1909 estimó, además, defecto subsanable no constar en forma fehaciente la citación para inventario a una coheredera en el caso del artículo 1.057, apartado 2.º

taba velar. Además creo que hubo un ligero descuido en estimar hecha la adjudicación a un heredero, porque el cuñado del testador no lo era.

La resolución de 29 de abril de 1913 consideró acto de partición, en el que no han de regir las reglas establecidas para la enajenación de bienes de la herencia, una adjudicación de inmuebles hecha por el contador partidor a favor del viudo heredero usufructuario—heredero forzoso conforme al Código—; afirmando además que las particiones practicadas por contador partidor crean un estado de derecho que debe subsistir en tanto no se lleve a los Tribunales la cuestión de la recta o desacertada interpretación del testamento, sin que corresponda a los Registradores rechazarlas bajo el pretexto de posibles extralimitaciones. Esta resolución acaso despreció en exceso el argumento del Registrador, consistente en que en el documento se hacía una adjudicación especial para pago de deudas y gastos sin ultimarse la partición, de manera que el comisario adjudicaba a la heredera usufructuaria bienes en pleno dominio, sin distinguir cuáles se dedicaban a pago de deudas y cuáles a pago de gastos (6).

En la resolución de 19 de septiembre de 1929, el caso era éste: Una testadora mallorquina instituye heredero vitalicio a un hijo y, muerto éste, a dos nietos, con la prohibición de vender e hipotecar determinados inmuebles. Practicada la partición por el hijo y el defensor judicial de los nietos, y aprobada judicialmente, el Registrador deniega la inscripción en cuanto a una adjudicación para pago de legítima y de deudas, que comprende bienes incluidos en la prohibición de enajenar por hacerse la adjudicación en concepto de libres de la misma. El Presidente de la Audiencia confirma la nota, pero la Dirección revoca el auto y la nota, considerando las circunstancias especiales del caso, que antes es pagar que heredar, que la sustitución fideicomisaria y la prohibición de enajenar no iba más allá de los nietos—aunque el testador, después de imponer la obligación, añadía que el hijo heredero había de dejar a los nietos de la testadora la misma obligación—, y tales nietos aparecen representados por su defensor judicial, por lo que los únicos interesados han distribuido la herencia en la forma que entendieron más adecuada a la voluntad de la testadora, a la situación de la masa relicta, a las deudas existentes y a la institución testamentaria.

Recordamos cómo el Registrador estimó en su informe que no son de aplicación al caso estas resoluciones reseñadas de 1910 y 1929, por ser totalmente distintos los supuestos de hecho. Admitamos que eran distintos, pero no podemos admitir que totalmente.

Alargaríamos excesivamente este comentario, sin resultado práctico importante, resumiendo otras sentencias y resoluciones no alegadas por las partes del recurso ni citadas en el Vistos, por ejemplo: la sentencia de 7 de octubre de 1896 y resoluciones de 27 de mayo de 1915, 26 de enero de 1955, 28 de julio de 1932 y 23 de mayo de 1944. En cuanto a la sentencia de 25 de junio de 1946, citada por el Presidente de la Audiencia, y la resolución de 14 de septiembre de 1964, citada por el Registrador, nos remitimos a los resultandos correspondientes (7).

C) La resolución dedica las considerando primero y segundo al planteamiento de la cuestión debatida, después de explicar por qué no entra en el problema de la intangibilidad de la legítima.

Los considerandos tercero al quinto abordan el tema de la responsabi-

(6) En algún otro caso, como el relativo a las facultades del contador partidor para la entrega de legados, la Dirección ha exigido que para que el acto sea considerado particional, el contador ha de estar simultáneamente partiendo: ver Resolución de 12 de julio de 1974. Esta *Revista*, núm. 505, noviembre-diciembre de 1974, pág. 1459.

(7) La Sentencia de 7 de octubre de 1896 consagra la doctrina de que antes es pagar que heredar, igual que las Resoluciones de 16 de octubre de 1910 y 19 de septiembre de 1929. Ver comentarios de CAMY, III, págs. 129, 216 y 217.

La Resolución de 27 de mayo de 1915, referente a la prohibición de enajenar el albacea cuando hay prohibición de enajenar del testador.

lidad del heredero, según la especie de aceptación, de su responsabilidad *ultra vires* y de la antítesis entre principio de confusión de patrimonios y derecho o beneficio de separación. Repetimos que, en nuestra opinión, se dedica excesiva importancia a esto, que acaso no fuese decisivo para el tema. Por otro lado, existe algo de bizantinismo en las discusiones doctrinales sobre si existe o no este derecho de separación (8).

El sexto considerando, diciendo entrar en el segundo defecto (aunque en rigor entendemos que los cuatro defectos son difícilmente individualizables), después de negar que haya heredero único, se dedica a demostrar que lo que hizo entraba en las facultades del contador de la testamentaria.

D) Los cinco considerandos siguientes entran a analizar, desde diversos ángulos, el problema fundamental, relativo a los requisitos que debía rodear a una hijuela para pago de legados y deudas, libre de las limitaciones que la cláusula testamentaria fundamental imponía al heredero X; especialmente en cuanto a los intervinientes en la partición o en el procedimiento de testamentaria, a efectos de tener por respetado el principio de unanimidad.

Acaso dichos considerandos (séptimo a undécimo) asimilen excesivamente partición y enajenaciones de bienes hereditarios; es cierto que no entran en distinciones sobre las variadas situaciones de herederos sucesivos (nudo propietarios futuros, fideicomisarios, fideicomisarios de residuo, en las diversas figuras de nacidos, *nascituri*, *nondum concepti*; beneficiarios de prohibiciones de disponer o de instituciones condicionales, etc.), y también podrían ser acusados de no describir suficientemente ni el ámbito de la prohibición de enajenar resultante de la interpretación de la cláusula hecha por la sentencia de 29 de octubre de 1968, confirmando la de la Audiencia, ni la fisonomía de los «reservatarios troncales», beneficiarios de la cláusula o de la prohibición. Pero la resolución estimó que no era necesario, partiendo de la base de que la aprobación judicial de la partición practicada implicaba suficiente e idónea garantía de los intereses de los beneficiarios de la cláusula, quienesquiera que fuesen los contemplados como tales, por las sentencias interpretativas del testamento.

El considerando octavo, ante la laguna legal—inexistente en algunas legislaciones forales—, pretende buscar la aplicación analógica del caso de la herencia sometida a condición (arts. 804 y 186 *in fine*; autorización judicial en caso de necesidad o utilidad evidente) y del caso de las ventas en subasta de los bienes de los abintestato o testamentarias necesarias para el pago de deudas (arts. 1.097, en relación con 1.093, 1.031, y 1.030, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento). Pero la verdad es que sólo el primer camino, y en forma muy indirecta, se había seguido a través de la aprobación de la partición realizada por el contador, entendiéndose que no había que realizar ningún expediente judicial independiente por no existir ninguna enajenación de bienes. En definitiva, se acepta el procedimiento indicado por la doctrina que aduce el Notario: intervención del heredero primero (fiduciario, etc.) sólo, con la garantía de partición realizada con intervención judicial.

Hemos de admitir que la resolución, aunque un tanto indirectamente, sienta la doctrina de que la partición, aunque haya de contener adjudicaciones similares a las del caso del recurso, puede hacerse por el heredero o herederos de primer grado o sus contadores partidores, siempre que la aprobación judicial venga a garantizar los derechos e intereses de los herederos sucesivos o de segundo grado que por cualquier causa no puedan ser parte directa en el procedimiento de testamentaria, pero quedan un

(8) Aunque sólo sea por la claridad de exposición, creo que cabe limitar la cita bibliográfica sobre el tema al trabajo de CRISTÓBAL MONTES en esta *Revista*, núm. 476, enero-febrero de 1970. Magnífico instrumento para una panorámica general de las discusiones sobre el beneficio de separación en el Código.

tanto imprecisos en los considerandos algunos puntos que acaso sean los más importantes a dilucidar:

a) El referente a cuál fue la voluntad del testador al limitar la institución de heredero a favor de X en la forma que lo hizo, articulando tal limitación o condición con la pertenencia, también condicional, de los bienes raíces a la «reserva troncal» (?) y especialmente a qué reserva troncal quiso referirse.

Ya vimos al principio cómo ni el resultando tercero ni el considerando noveno recogen íntegramente el contenido de las sentencias que interpretaron la cláusula testamentaria de institución de heredero, condicionada en tan dudosa forma y sometida a una aún más dudosa reserva troncal. No hay duda de que la interpretación del Notario autorizante (sustitución fideicomisaria condicional) no fue la judicialmente hecha, pero la resolución no es muy clara respecto a cuál fue esta interpretación, acaso porque las sentencias mismas no fueron totalmente concluyentes.

Dichos resultando tercero y considerando noveno se limitan a indicar cómo las sentencias declararon válida la institución de heredero incondicional y en propiedad a favor de X, aunque gravado con una prohibición temporal de enajenar inscribible (art. 7 del Registro Hipotecario) hasta tanto no haya contraído matrimonio, tenga hijos legítimos que hayan cumplido la edad de quince años y no haya dispuesto *mortis causa* en favor de estos hijos; rechazando de contrario el que, por tratarse de una institución sometida a condición suspensiva, hubieran de ser declarados herederos los hermanos del testador hasta el cumplimiento de tal condición.

Aunque desconocemos el texto completo de las reseñadas sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo, la reseña extractada de esta que hemos manejado coincide, en líneas generales, con la referencia que la resolución hace de ellas (9) y, por tanto, creo que, a efectos de la determinación de los beneficiarios de la cláusula, las sentencias no concretaron lo suficiente a qué «reserva troncal» quiso referirse el testador, pues el Tribunal Supremo se limitó a decir que no se trataba de la reserva troncal o lineal del artículo 811 del Código.

El considerando octavo, cuando acusa a nuestro Derecho de carecer de una regulación sistemática acerca de quién tendrá facultades para la liquidación de la herencia y consiguiente formación de hijuelas para pago de deudas en casos como el del recurso, exime de la acusación a algunas

(9) Don X. X. interpuso ante el Juzgado número 4 de Barcelona, contra cuatro hermanos de don A. A. y las ignoradas personas que pudieran tener interés en la reserva troncal y prohibición de disponer, sobre declaración de nulidad de tales reserva y prohibición, y la Audiencia declaró que don A. A. es heredero universal del testador, sin otra limitación que la de que los bienes raíces de la herencia no podrán ser enajenados por el heredero hasta que concurran los hechos que sabemos, y mientras no concurran estos hechos la prohibición de enajenar que se declara deberá constar en el Registro debidamente anotada en *expectativa del principio de troncalidad* (sic en Aranzadi) y a favor de los demandados, para el caso de fallecer el heredero sin haber ocurrido los tres hechos que determinaba la cláusula y sin haber dispuesto *mortis causa* en favor de hijos legítimos, y si llegaran a cumplirse tales hechos quede X. X. como heredero libre. Recurrida la sentencia de la Audiencia por demandante y demandado, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso en base a las siguientes consideraciones, entre otras:

- La anotación registral que se ordena en expectativa del principio de troncalidad no se basa en el artículo 811 del Código civil, sino en una disposición testamentaria a interpretar por el Juzgador.
- Por no haber sido infringido el artículo 675, sin que quepa estimar con el demandante que el testador no podía limitar la institución con la reserva del artículo 811 por no darse sus requisitos, puesto que no se trata de aplicar tal artículo; ni quepa entender, con los demandados, que el testador prohibió al heredero enajenar, incondicional, absoluta y perpetuamente, porque quería que los bienes no saliesen de la familia, del tronco de que proceden, porque son su reserva, lo suyo de hoy y la esperanza de mañana.
- Porque la interpretación ha de ser del conjunto y no partir de frases aisladas, si bien la interpretación literal de ciertas frases (estos bienes raíces no podrán ser enajenados por él, no entrará en plena posesión de su propiedad hasta...) también conducen a una mera prohibición de enajenar, interín no se den los acontecimientos previstos, sin que en modo alguno se haya ordenado por el causante que tales bienes raíces permanezcan en poder de ciertos familiares (colaterales) en tanto no se den dichos acontecimientos.

Compilaciones Forales. No nos detendremos en estas excepciones ni insistiremos en el reparo de aproximar excesivamente el caso de la partición y el de enajenación de bienes por el heredero primero, habiendo herederos sucesivos o similares (10).

Pero hay otro aspecto en el que tampoco podemos entrar, aunque no parece que fuese resuelto por las sentencias ni por la resolución: averiguar si el testador quiso referirse a alguna legislación foral al mencionar la reserva troncal en la cláusula de institución. En el tercer resultando se dice que ni el testador ni ninguno de los interesados en la herencia tenían ninguna vinculación con la ciudad de Barcelona, pero en ningún momento se trata de la posible regionalidad foral o larga permanencia en comarca foral del testador que permitiese dar un sentido determinado a su frase y una determinación más concreta de los beneficiarios de la cláusula (11).

Aunque la constancia registral de la discutida cláusula en la cláusula misma («anotación específica en el Registro de que los bienes raíces pertenecen a la reserva troncal») resulte un tanto alterada después de interpretada por los Tribunales («anotar debidamente la prohibición de enajenar en expectativa del principio de troncalidad y a favor de los demandados»), lo cierto es que de una u otra forma el Registro estaba llamado a garantizar unos derechos de familiares tronqueros del testador que no estaba de más precisar para determinar si habían de intervenir, y cómo, en una adjudicación de bienes libres de tal anotación registral.

Solución muy cómoda y sencilla era, puesto que el testador pensó en reservatarios (aunque troncales), echar mano de la doctrina sentada por la Dirección, según la cual éstos, al no ser herederos, no son de ineludible intervención en la partición que pueden hacerla los reservistas solos. Pero acaso el Centro Directivo estimó, con razón, que esto era demasiado sencillo y no acudió a este expediente ni citó en el Vistos las resoluciones correspondientes (12), aunque también es posible que, estimando que los beneficiarios futuros y condicionales de la prohibición de enajenar tienen derechos menos consolidados y actuales que los reservatarios del Código civil, era innecesario justificar, por qué no tenían que intervenir en las operaciones divisorias ni en el control directo de la hijuela para pago de deudas. Pero, entonces, ¿qué significado tiene el considerando décimo?

b) Este interrogante nos conduce al segundo punto, que quedó un tanto en el aire: si la intervención de los hermanos del testador en el procedimiento de testamentaría es un argumento a mayor abundamiento en pro de la inscribibilidad del documento o es el fundamento y principal para la misma.

El auto presidencial, después de recoger y perfilar los alegatos del Notario, basados en la individualización del patrimonio hereditario, pone el dedo en la llaga cuando dice que no tiene objeto la protección de los eventuales derechos de los posibles reservatarios, puesto que se han persona-

(10) Sólo a título de ejemplo citaremos en la *Compilación de Cataluña*: la partición de herencia en los casos de sustitución fideicomisaria (arts. 190 y 191); los distintos supuestos y modalidades de enajenación de bienes por el fiduciario (arts. 186 a 189, 192, 193, 195 y 196), y las notificaciones a los fideicomisarios o sus curadores cuando son necesarias, bien se trate de la partición o de las enajenaciones (art. 194).

En la *Compilación Navarra* encontramos: La Ley 64 (la aceptación por el padre o, en su defecto, la madre de las herencias y donaciones a favor de los *nasciturí*, así como la defensa de sus intereses de los mismos) y la Ley 154, permitiendo hacer disposiciones a favor de los *nasciturí* cuando se trate de hijos no concebidos de persona determinada que viva al tiempo de la donación o de la muerte del testador. Las Leyes 233 y 234, en cuanto permiten hacer al fiduciario sólo particiones, cancelaciones de hipoteca y enajenaciones a las que se haya obligado el fideicomitente y regulan las restantes enajenaciones y gravámenes.

(11) Indudablemente, las legislaciones forales tienen cierta propensión a la sucesión troncal, aunque no tanta como a primera vista parece. La simple residencia en Cataluña, Navarra o Aragón pudo conducir al testador a pensar en instituciones troncales, como las recogidas, por ejemplo, por los artículos 251 de la *Compilación de Cataluña*, 130 a 133 de la de Aragón y Leyes 275, 279, 280 y 304 a 307 de la de Navarra.

(12) Ver, sobre intervención de reservatarios en las particiones, las Resoluciones de 21 de marzo, 7 de noviembre y 30 de diciembre de 1912 y 12 de junio de 1930.

do en el juicio universal y renunciado a todo derecho. El considerando décimo añade que renunciaron incluso a designar contador partidor porque no tenían interés de ninguna clase en el juicio, dado el fallo dictado por el Tribunal Supremo interpretando el testamento.

Este apartamiento de los reservatarios troncales por carencia de interés era muy importante, a nuestro juicio, pero debió tenerse en cuenta para puntualizarle más:

1) Que al sernos desconocida la «reserva troncal» a que el testador quiso referirse, y no siendo tampoco las resoluciones judiciales dictadas en vía contenciosa muy concluyentes sobre este punto, es imposible saber si los beneficiarios de la cláusula eran sólo los hermanos supervivientes o, en determinadas circunstancias y según se interpretase la condición, podía serlo alguien más. Por lo pronto sabemos que había un sobrino vivo al momento de testar (D. D., al que, por cierto, se le nombra también albacea) y luego no se habla más de él, salvo para decir que, como los otros albaceas conjuntos, había dejado transcurrir con exceso el plazo legal para realizar sus funciones.

Otra lamentable consecuencia de no saberse cuál fue la intención del testador en su imprecisa mención de la «reserva troncal» es que, aunque simplifiquemos la idea, traduciéndola pura y simplemente por la de colaterales abintestato o colaterales herederos abintestato de la línea de procedencia de los bienes, siempre sería dudoso si serían los existentes al fallecer don A. A. o don X. Nos enfrentaríamos así con otros muchos problemas, y entre ellos el de las cláusulas testamentarias a favor de herederos *nondum concepti*. Desde que la resolución de 23 de julio de 1924 admitió la posibilidad de llamamientos a su favor a través de la sustitución fideicomisaria, cada vez se ve más amplio el campo de las figuras sucesorias en que hay unos beneficiarios futuros aún no nacidos, e incluso de nacimiento difícil o casi imposible, ante los cuales no se sabe si es mejor amortizar los bienes hereditarios sometiéndolos a una administración por los coherederos vivos o admitir unas facultades dispositivas controladas de algún modo y con aplicación del principio de subrogación (13).

2) Que la demanda judicial interpuesta por el heredero, y que condujo a la sentencia del Tribunal Supremo, lo fue contra los hermanos del causante y contra las ignoradas personas que pudieran tener interés en la reserva troncal y en la prohibición de disponer. Por ello, cuando la sentencia dispuso que esta prohibición debería constar anotada en el Registro en expectativa del principio de troncalidad y a favor de los demandados, al no limitar el ámbito de los demandados a los hermanos, es que está queriendo que sean titulares de la anotación no sólo éstos, sino todas las ignoradas personas contra las que también la demanda estaba interpuesta. El que de hecho no existieran estas otras personas es una cuestión diferente, que fue despreciada en el recurso.

Por todo ello, un punto muy criticable de la resolución es dejar impreciso si el considerando décimo contiene la *ratio decidendi* fundamental o es un mero argumento, a mayor abundamiento, que no hubiese modificado el fallo, aunque los hermanos no hubiesen sido citados al juicio de testamentaría.

3) La causa del apartamiento de los hermanos también debió tener una constancia mayor. Cuando se dice que renuncian incluso a designar

(13) Manteniéndonos a nivel de estudios elementales, ver: PUIG PEÑA: *Sucesiones*, I, págs. 501 y sigs., y III, pág. 425, y las obras que el mismo cita de ROCA, PALOMINO, LACAL, GITRAMA. También las Sentencias de 17 de marzo de 1934 y 29 de noviembre de 1935 y la Resolución de 16 de septiembre de 1929.

En mi comentario a la Resolución de 16 de julio de 1973 (en el núm. 500, enero-febrero, de esta *Revista*, págs. 155 y sigs.), al tratar incidentalmente del trato registral de los derechos sucesorios de los *nondum concepti* insinuaba cómo las nuevas circunstancias de la realidad económica (plusvalías que implican los cambios de destino de los terrenos, etc.) obligan a soluciones legislativas o jurisprudenciales tendentes a que un riguroso respeto a los derechos de fideicomisarios futuros, a veces improbables, redunden en perjuicio de los vivos e incluso de los no concebidos si llegasen a serlo.

contador partidador porque, dado el fallo dictado por el Tribunal Supremo, no tenían interés de ninguna clase en el juicio, tanto puede significar que entienden que el fallo ha reducido tanto sus expectativas de heredar, que resignados se apartan de todo, como significar que el fallo les garantizaba tan totalmente con la constancia registral de su expectativa que no podían pensar en el posible perjuicio de una hijuela libre de la limitación y anotación de la reserva troncal testatoria.

Es cierto que es más probable lo primero, especialmente porque la sentencia parece agravar la cláusula al interpretarla, con una cuarta circunstancia en la condición: no haber dispuesto *mortis causa* X en favor de hijos legítimos. Pero leyendo solamente la resolución tampoco es descabellado entender que los tronqueros pensaban lo segundo, porque no hay en ella el menor dato sobre si X estaba en el camino de cumplir el condicionado: contraer matrimonio, tener hijos del mismo, llegar éstos a los quince años o... haberlos instituido herederos.

T. C. G.