

Viabilidad del usufructo universal del cónyuge viudo: su inscripción registral*

SUMARIO: *Preámbulo*: La exigencia social del usufructo universal del viudo.—I. *Intangibilidad de la legítima*: a) Cualitativa y cuantitativa. b) Del modo que la ley la establezca.—II. *La cautela Socini*: a) Concepto. b) Validez. c) El artículo 820 del Código civil. d) Efectos. e) Ejercicio de la opción.—III. *El usufructo universal del viudo*: a) Posibilidad absoluta. b) Posibilidad relativa. c) Modalizaciones de la cláusula.—IV. *El comisario*: a) Facultades. b) Deberes. c) El comisario ante el usufructo viudal.—V. *Inscripción de la partición por comisario*: a) La eficacia de la partición. b) Inscripción de la partición por testador o por comisario. c) Nuestro caso. d) Viabilidad y consecuencias de la postura contraria.—VI. *Conclusiones*.

PREAMBULO

La exigencia social del usufructo universal del viudo

Excelentísimo señor presidente; excelentísimos e ilustrísimos señores; señoras; compañeros todos.

Cuando mi buen amigo JOSÉ MARÍA MENA me ofreció la posibilidad de participar en el presente curso me puso en un verdadero brete. Por una parte era, y es, un honor que yo no podía rechazar, por cuanto me honraba y por lo que significa el considerarme, siquiera por razones circunstanciales, como representante del cuerpo jurídico al que pertenezco, como vocero de los Notarios en este programa de conferencias: lo acepté y sinceramente se lo agradecí, agradecimiento que ahora me conplazco en hacer extensivo a todos los organizadores.

(*) Conferencia pronunciada el 16 de noviembre de 1973 en el ciclo sobre Derecho hipotecario organizado por el Seminario de Estudios Hipotecarios de Valencia bajo el patrocinio del Ilustre Colegio de Abogados y la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

Mas al propio tiempo me obligaba a arrostrar un peligro de cuyo tránsito no podía adivinar cómo saldría. El tema lo dejaba a mi discreción, siempre que tuviera una trascendencia registral inmediata; es decir, tenía la solución de escoger cualquier cuestión con pocas repercusiones prácticas, de entidad teorizante o con un contenido sabido, debatido y en el que todos estuviéramos de acuerdo, sin peligro de controversias ni de resbalones. Pero esto es algo, él lo sabe, que yo no podía hacer. Porque a mí, con mis pocas dotes, porque no tengo otras, lo que me gusta es abordar aquellos puntos de trascendencia práctica en nuestro cotidiano vivir jurídico en las que los juristas no estamos muy de acuerdo, bien por tratarse de temas nuevos, consecuencia de la novedad de la figura de la cual surgen, o por ser cuestiones no estudiadas por la doctrina o no tratadas con el debido desarrollo por la Ley, sin que tampoco la jurisprudencia, por silencio o contradicción, nos las haya aclarado.

Esto es lo que me agrada y con arreglo a esas predilecciones escogí el tema. Pero no por simple afán polémico o en busca de una brillantez que en la exposición se quedara. No. Sino porque precisamente son esas cuestiones las que a nosotros, los Notarios, nos preocupan y nos ocupan en búsqueda de soluciones, son las que nos llevan de cabeza y a veces, gustosamente o no, también de calle. El punto, el pacto o la figura que el legislador trata escasa o defectuosamente; la necesidad de una regulación para las exigencias que con aires nuevos—a veces son meras reposiciones—plantea el cliente; aquel tema viejo pero en el que no andamos muy acordes jueces, abogados, registradores o notarios... Estos son los problemas que tenemos sobre la mesa del despacho, de estos es natural que tienda a hablar en pretensión de esclarecimiento.

No todos son nuevos. Algunos, como el que hoy os traigo, viene con ropajes medievales y están plagados de sentencias y aforismos, habiendo sido abordados con profusión por la doctrina, muchas veces con tino y acierto y otras sin tales virtudes... Pero queda casi siempre un aspecto, un resultado perdido allá a lo largo, al final del razonamiento, cuyo estudio pueda darnos la solución que buscamos o bien convencernos de su imposibilidad. Lo que hay que hacer es abordarlo, aunque sea con insensata osadía como voy a hacerlo ahora, jugándome el tipo frente a tan docta concurrencia.

El usufructo universal del viudo es un tema viejo, pero que conserva toda su actualidad. De ello, en corporación y uno a uno, podemos dar fe los notarios. ¿Qué porcentaje de testamentos autorizamos con cláusula atribuyendo al viudo o viuda el usufructo universal de la herencia? ¿Cuántos son además aquellos en los que, por vía de sustitución y para que el viudo pueda optar por tal usufructo, se le asigna lo más que se puede: la

parte libre en pleno dominio y su cuota legal en usufructo? ¿Podría decir que más del noventa por ciento de los testadores casados así lo pretenden y, de un modo u otro, así se regula? Creo que no es aventurado, ni mucho menos, afirmarlo así; de mi protocolo respondo que este porcentaje está en más del noventa y cinco por ciento de los demás, aquí hay fedatarios para responder de ello. Pues lo corriente, lo ordinario, es que pretendan testar *de u p'al altre*, atribuyéndose lo máximo posible, y así unas veces se quiere, aunque no se pueda conseguir, claro, que sea el pleno dominio de toda la herencia, otras el usufructo con facultad de disposición si lo necesita, es decir, a título oneroso, y otras el usufructo sin más. Pero siempre, cuando menos, y con ese abrumador porcentaje, el disfrute de todos los bienes y derechos.

Hace años, ese gran jurista que es VALLET DE GOYTISOLO, llevó a cabo una encuesta (1) sobre esta materia. El resultado fue parejo a lo que hemos afirmado. Y la corriente en este sentido continúa y se acrecienta. Bien porque la solución—cual fuere—trasciende más y más, bien porque el criterio de la herencia reservada para los sucesores, a modo de derecho absoluto, va perdiendo solidez y adeptos, bien porque las nuevas generaciones de notarios adoptan y perfeccionan las fórmulas de sus predecesores, lo cierto es que en los protocolos se puede seguir la progresión ascendente de las cláusulas atributivas o «protectoras» del usufructo universal del viudo. El legislador tuvo una buena ocasión, con motivo de la reforma del Código civil de 1958, para sancionarlas legalmente por vía permisiva; no lo hizo así, pero los debates y polémicas que la preparación de la nueva Ley trajo consigo, los comentarios a la misma y la propia ampliación de la cuota viudal, han contribuido a la expansión del criterio favorable al usufructo universal del cónyuge supérstite por atribución voluntaria.

Nos encontramos ante uno de los múltiples casos en que el querer de los otorgantes—conceder tal usufructo— y la norma legal—intangibilidad de la legítima—entran en conflicto. Que este no es insoluble; que es viable y, por tanto, inscribible el usufructo universal atribuido al viudo por su cónyuge en su testamento, si bien con ciertas limitaciones y condicionamientos, es lo que pretendo demostrar. Por vía de un discurso razonado, planteando por separado las premisas que nos llevarán a las conclusiones que entiendo justifican mi postura. No sé si os convenceré o no; quisiera lograrlo porque cierto estoy de que la causa es justa y los

(1) «Sucesión testada a favor del viudo en la Rioja. Su cónyuge viudo ante la lente de cada testador», publicado en la revista *Berceo*, de Logroño. Véase su trabajo «Cautelas de opción compensatoria de la legítima», *Centenario de la Ley del Notariado, Sección tercera: Estudios jurídicos varios*, vol. I, págs. 624 a 628.

logros serían fecundos. Lástima que no sea otro, con mejores armas dialécticas y bagaje de conocimientos, el paladín de la misma.

I. INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA

a) *Cualitativa y cuantitativa*

Cualquiera que sea la naturaleza que a la legítima le reconozcamos, de su intangibilidad no se puede dudar. Por una u otra vía, el legitimario ha de percibir de su causante la porción que le corresponde en función del monto de la herencia, de su relación familiar con aquél y del número y parentesco de los que con él concurren. La legítima es intangible. Del artículo 806 del Código civil, en relación especialmente con los artículos 813 al 820, no puede alcanzarse otra solución. La legítima es una parte alícuota del *relictum* que no puede ser fijada hasta que el causante fallece, momento en el que se determinará habida cuenta de los bienes que dejare y de las disposiciones que en vida hubiese hecho.

La legítima se ha de satisfacer en bienes o derechos con entidad económica, de tal modo que la suma de sus valores alcance el de la cuota que al legitimario corresponde. En derecho patrimonial estamos y con números hemos de jugar. Si esos bienes o derechos han de ser de los comprendidos en la masa hereditaria, esto es, si ha de pagarse *in natura*, o si puede satisfacerse, como regla general o por vía de excepción, con bienes distintos de aquéllos, es cosa que ahora no nos atañe por cuanto carece de repercusiones en nuestro problema tal como lo vamos concretando.

Esa entidad económica, esa necesidad de que alcance un determinado valor, juega respecto a la intangibilidad cuantitativa de la legítima: ni un céntimo menos de lo que le corresponde es lo que ha de percibir el legitimario. Pero también repercute en su intangibilidad cualitativa: el *quale* importa tanto como el *quantum*, ya que en materia económica tanto interesa la entidad como la calidad, pues una y otra influyen en el valor. De ahí que nuestro Código si por una parte señala el *quantum* en los diversos artículos que regulan la entidad y la distribución de las legítimas (artículos 807 al 810, 834 al 838), por otra cuida del *quale* al prohibir la imposición sobre ella de gravamen, condición o sustitución de ninguna especie (art. 813, 2.º).

Las normas son contundentes. Sin embargo, algunos autores, precisamente en torno al tema que nos ocupa como luego diré, han intentado justificar las limitaciones cualitativas por reducción del *quale* al *quantum*, del *cómo* al *qué*, valorando aquéllas para imponer su respeto si su monto, así

fijado, no excediera del valor, del *quantum*, de la parte de libre disposición. No es éste el espíritu de nuestras leyes, ni el tradicional ni el actual, ni tampoco se puede justificar económicamente. Pues en los bienes tanto interesa su valor abstracto como su rendimiento, lo que en materia de derechos artibuidos a título personal como la legítima ha de estar en relación con su realización temporal, ya que ha de referirse a la vida del titular. Por lo que toda limitación que lleve consigo la posibilidad de privar a los bienes de su natural rendimiento durante la vida de quien los recibe en pago de su legítima, ha de considerarse que, frente al derecho de éste, los deja sin valor en la parte y medida en que los afectare. Y esta posibilidad existe siempre porque si bien la limitación puede ser de duración muy corta, el legitimario puede sobrevivir menos tiempo aún. De ahí la plena justificación tanto del precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 813 como de la interpretación rigorista que de él formulan la jurisprudencia y la mayoritaria doctrina.

b) *Del modo que la Ley la establezca*

Pero de esta afirmación no se puede concluir que toda disposición que limite o condicione la legítima necesariamente ha de ser nula, ya que sólo lo será cuando la ley lo prohíba, lo cual la regla general formulada por dicho artículo, se traduce en que lo es cuando la ley no lo permita. Pues la entidad y la intangibilidad de la legítima no es norma de derecho natural que forzosamente haya que respetar aunque el legislador no lo hiciere, sino rasgos, límites y propiedades de una institución por él regulada y tal cual él lo hace, ni más ni menos. Por lo que si el propio Código formula excepciones a la norma general prohibitiva de la merma cualitativa, a ellas habrá que atenerse y aceptar lo que él mismo permita.

Así, entre estas excepciones hemos de ver (2) la de la posibilidad de pagar la legítima en metálico para conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril (art. 1.056, § 2.º), la de asignar al cónyuge viudo una renta vitalicia en sustitución de la parte de usufructo que le corresponda (art. 839), la de satisfacer en dinero u otros bienes de la herencia la cuota de los hijos naturales (art. 840), la de compensar en metálico el exceso percibido por mejora en cosa determinada (art. 829). Y la posibilidad que ahora nos interesa de gravar la legítima con usufructo o renta vitalicia, si bien quedando facultado el legitimario para optar por entregar al legatario la parte de la herencia de libre disposición (art. 820, número 3.º).

(2) Sigo en esta exposición a FUENMAYOR CHAMPÍN: «Intangibilidad de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, I, 1948, págs. 57 y sigs.

Resumiendo—y sentando conclusiones para nuestra argumentación—, nuestro Código expresa e impone la intangibilidad de la legítima, tanto cuantitativa como cualitativamente en la medida—*quantum*—y del modo—*quale*—que el mismo ordena, por lo que a la configuración por él prevista habrá que atenerse con las limitaciones y extensiones por él dispuestas, aunque pudieran entenderse algunas como contrarias a la intangibilidad considerada como principio absoluto.

II. LA CAUTELA SOCINI

a) *Concepto*

El testador puede querer dejar de más al legitimario si bien imponiéndole una carga o gravamen en beneficio de un tercero. Pero si nada dispone, aquel podrá exigir la liberación de esta carga, por lo menos en lo que a su porción legitimaria afecte, subsistiendo su derecho al todo a que ha sido llamado. Para evitar este resultado cabe ofrecerle una compensación: recibirás todo si aceptas la merma cualitativa, pero si no lo haces así recibirás lo que por ley te corresponda sin merma alguna. Es decir, hay una doble vocación alternativa: o todo con carga o sólo la legítima libre de gravámenes.

Este es el juego de las llamadas cautelas de opción compensatoria. El legitimario puede optar entre recibir más del *quantum* que la ley le atribuye pero con reducción en el *quale*, o percibir su *quantum* legal íntegro sin menoscabo del *quale*.

De los varios tipos que el derecho histórico nos muestra—*cautela Angeli*, *cautela Cumani*, *cautela Durantis* o *Gualdensis* y *cautela Socini*—sólo ésta nos interesa (3). Aparece, como todos sabemos por cita curiosa y archirrepetida, en el testamento del noble florentino NICOLÁS ANTENORO, dándola a conocer el jurisconsulto MARIO SOCINO el Joven en su *Prima pars consiliorum*. El testador legaba a uno de sus hijos bienes cuyo valor conjunto era superior al de su legítima, pero gravándolo con fideicomiso *si sine liberis masculis decederet* a favor de sus hermanos supérstites, disponiendo que si no se conformaba con ello se entendería privado del legado e instituido en su estricta porción legitimaria. Esta fórmula se extiende después a la atribución con gravamen de usufructo y es discutida por la doctrina hasta llegar a la época de la codificación, en que la consagra el Código napoleónico en su artículo 917, si bien refiriéndola sólo a

(3) *Vide* sobre estos cuatro tipos el trabajo citado de VALLET DE GOYTISOLO: *Cautelas de opción*, etc., págs. 404 y sigs.

dos tipos de gravamen: el usufructo y la renta vitalicia. Del *Code* pasa a los que siguen su espíritu copiando su letra (4), entre ellos el nuestro que en su artículo 820 dice así: «Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: ... 3.º Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.»

Con palabras de ROCA SASTRE diré que «esta norma no consagra concretamente la cláusula Socini, pues no se refiere al caso de existir en un testamento una cláusula de esta índole, pero hace más: admite e impone el juego específico de la cláusula Socini, aun sin el empleo de tal cláusula. En virtud de dicho precepto, entra *ex lege* en funciones aquella doble vocación alternativa que constituye la base o presupuesto de la cautela Socini, y precisamente ante el caso de que el gravamen consista en usufructo, cuyo valor exceda de la parte de libre disposición de la herencia, y que, por tanto, podrá ser un usufructo universal» (5).

b) *Validez*

La gran mayoría de la doctrina acepta su validez y la jurisprudencia así lo ha sancionado en el único caso en que de frente ha tratado el tema. A nuestro entender la cuestión, hoy, no puede ofrecer dudas.

Institucionalmente por cuanto con ella no se merma la legítima ni se condicionan o limitan los derechos del legitimario, pues, cualquiera que fuere la redacción de la cautela, si es conforme a su naturaleza podrá traducirse así: te dejo, te doy, como mínimo lo que por legítima te corresponde, sin restricción alguna, pero si aceptas lo que dispongo recibirás más en valor o cantidad si bien con merma de la calidad. ¿Cómo puede una disposición de este tipo entenderse que atenta a los derechos de sucesión forzosa, si, por su esencia y contenido, necesariamente los respeta?

Cabe en algún caso que la redacción no sea clara o de ella resulte una verdadera reducción de los derechos legitimarios. No es éste—el de la patología de la fórmula, el del caso concreto—nuestro problema. Si bien añadiremos, por la frecuencia con que se produce, que cuando la alternativa se presenta no como un derecho de opción, de elección, sino como una sanción penal al no acatar la voluntad del testador, el resultado es el mismo. Será más o menos correcto, pero deducir de ahí que percibir la legítima

(4) Idem nota anterior, págs. 502 y sigs.

(5) ROCA SASTRE: «El usufructo universal de viudedad», *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, pág. 177.

jamás puede ser una sanción ni como pena puede disponerse y por tanto la cláusula que así lo disponga es ilícita, creemos que es desvirtuar la cuestión. Pues esta pena, si así se la llama o como tal se la configura, lo que viene a expresar es que en la mente del testador al querer dejar más a quien su voluntad acate sanciona, *pena* al que no lo acepte con la privación del *más*, respetando la legítima en su intangibilidad.

La escasez de fallos del Supremo en esta materia es muy significativa, por cuanto, si la cautela es usada con largueza como en realidad lo es, que pocas cuestiones haya suscitado prueba dos cosas: su bondad y su claridad. Pero en los pocos casos que se le han presentado ha admitido tanto la validez y efectividad de la *cautela Socini* (6) como la de otras *cautelae leales* de juego similar (7), salvo cuando se refiriera a una disposición considerada como antijurídica en todo caso, cual es la prohibición de la intervención judicial en la testamentaria (8).

c) *El artículo 820 del Código civil*

Pero el argumento de más fuerza es el número 3.º del artículo 820 del Código al ordenar que si el valor del gravamen—el usufructo o la renta vitalicia—fuese superior a la parte disponible, por este solo hecho los herederos forzosos pueden ejercitar la opción compensatoria propia de la cautela, aunque el testador no lo hubiere previsto así. Es decir, consagra una cautela presunta o *ex lege* para todos los casos que en su hipótesis se comprendan. Luego, si aun no previniéndolo el testador, su disposición es válida y tiene la misma efectividad que si con cláusula cautelar la hubiere revestido, más lo será cuando así expresamente lo hubiese hecho (9).

Es curioso comprobar la poca atención que los autores que han debatido la posibilidad del usufructo universal del viudo han concedido a este precepto (10) tratándolo de pasada, como si poco importase a su argumentación e incluso silenciándolo en absoluto. Cuando en él está la solución perfecta para nuestro caso.

(6) Sentencia de 29 de diciembre de 1939.

(7) Cautelas para impedir la impugnación del testamento (S. de 3 de marzo de 1866) o de las ventas realizadas por el testador (S. de 20 de mayo de 1959).

(8) Véase la exposición y resumen que formula VALLET DE GOYTISOLO en el citado trabajo *Cautelas de opción*, etc., notas 5 al 9.

(9) Notemos que esta presunción legal se refiere sólo a dos tipos de gravamen y no a los demás, por lo que cabe rechazar en términos generales la cautela Socini presunta o tácita y admitir su juego por imperio de la ley en los casos amparados por el 820, 3.º, como hace ROCA SASTRE en sus notas al *Derecho de sucesiones*, de KIPP (*Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLF, tomo quinto, volumen II, Barcelona, 1951, págs. 315 y 319).

(10) Es casi nula la atención que la doctrina española le ha prestado, según nos dice GULLÓN en su estudio sobre el tema: «El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, XIV, 1961, págs. 875 y sigs.

Esto no obstante, hay dos puntos en su redacción que creemos conveniente aclarar. El primero es el del presunto del valor. Nos dice que su regla se aplica cuando el valor del usufructo «se tenga por superior a la parte disponible» contraponiendo gramaticalmente conceptos heterogéneos, como son el valor de un derecho y la entidad de una porción hereditaria. Bien es cierto que para fijar matemáticamente esta porción hay que referirla a valor, luego quedaría así perfecta la relación como de valuta a valuta. Y entonces si tomamos como valor del usufructo el que económicamente le corresponda conforme a su naturaleza de derecho temporal, es decir, el de su capitalización atendido el valor de los bienes a que afecte y las previsiones de duración, llegaríamos a la conclusión de que si este valor es inferior al de la parte libre no es de aplicar la norma legal. Pudiendo entonces entenderse que no es de aplicación este precepto, bien porque la disposición no excede de lo que el testador puede hacer, en conformidad con la tesis de GONZÁLEZ PALOMINO (11) o bien, en lógica sofística, porque cae fuera de su protección al no rebasar la cuota de disponibilidad. Con la primera solución nuestra postura no se altera: o por vía cautelar o por su propia entidad, el usufructo viudal quedaría a salvo; la segunda solución nos lleva al absurdo de que para encontrar la protección legal hay que excederse en la disposición (12).

Recusamos una y otra interpretación. El Código italiano de 1865, en frase que el de 1942 no ha variado, dice «cuyo rédito exceda del de la parte disponible». Esta, entendemos, que es la interpretación adecuada del precepto español; la de que el usufructo legado no exceda del usufructo de la parte disponible o que el valor de los bienes usufructuados no sobrepase el valor de la parte libre. Dejando sentado sin embargo que cualquiera que fuere la postura que se adopte no afecta a nuestra argumentación, pues estas otras interpretaciones más la refuerzan.

El otro punto que no queda claro es el de qué sucederá cuando son varios los herederos forzosos y no han tomado una postura unitaria, es decir, unos aceptan el legado y otros optan por liberar la legítima entregando al viudo la parte libre. Tema difícil, más en nuestro Derecho donde pudiera entrar en juego una mejora presunta; tema que el legislador italiano de 1942 ha dejado resuelto al exigir el acuerdo de todos los legiti-

(11) «Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio.—II. El acrecimiento en la mejora», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II (Madrid, 1946), págs. 558 y sigs.

(12) Hasta seis opiniones distintas de la doctrina jurídica sobre este punto expone VALLET DE GOYTISOLO: «La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible», *Anuario de Derecho Civil*, XV, 1952, págs. 607 y sigs.

marios para que la disposición testamentaria sea ejecutada (13). IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO (14) y GULLÓN BALLESTEROS (15), a quienes sigue VALLET (16), se inclinan por la posibilidad individual de la opción por cada uno de los legitimarios, pues, si el legado constituye un gravamen de la legítima, no se debe dejar al arbitrio o antojo de otro coheredero la elección de la forma en que cada cual habrá de disfrutarla, opinión que compartimos. Pero este punto queda orillado si la cláusula testamentaria previene el caso, dándole solución expresa como suele regularse.

d) *Efectos*

Si la disposición es válida, como hemos visto, de su efectividad no puede dudarse. Que, dado el juego de aquélla, hemos de traducir en efectividad de primero y segundo grado, en función no de contenido o propia eficacia, sino de tiempo.

Abierta la sucesión el efecto de la cláusula es el de poner al legítimo ante la necesidad de ejercitar la opción que por ella se le ofrece: o acepta la carga o entrega o deja al legatario la parte libre de la herencia. No caben matizaciones si el testador no las ha dispuesto; no caben soluciones intermedias cual sería la de aceptar la carga sólo en cuanto no afecte a la legítima, es decir, en cuanto grave a lo que exceda de ella o la de capitalizarla y reducirla en lo que su valor exceda del de la porción libre, pues el legislador sólo ha previsto una solución: la de optar como él regula, si acepta la herencia ha de hacerlo conforme al testamento, pues la aceptación debe ser pura y plena; si no la acepta, le quedará lo que la ley le atribuye.

Se ha dicho (17) que no se trata de una facultad alternativa, puesto

(13) «Art. 550. *Disposición que exceda de la porción disponible*.—Cuando el testador dispone de un usufructo o de una renta vitalicia cuyo rédito excede al de la porción disponible, los legitimarios a los que se ha asignado la nuda propiedad de la porción disponible o de parte de ella tienen la elección entre ejecutar tal disposición o abandonar la nuda propiedad de la porción disponible. En el segundo caso el legatario, al obtener la porción disponible abandonada, no adquiere la calidad de heredero. La misma elección corresponde a los legitimarios cuando el testador ha dispuesto de la nuda propiedad de una parte que exceda de la porción disponible. Si los legitimarios son varios, es necesario el acuerdo de todos para que la disposición testamentaria tenga ejecución. Las mismas normas se aplican también si del usufructo, de la renta o de la nuda propiedad, se ha dispuesto por donación.»

(14) «Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 188 (2.º de 1950), pág. 279.

(15) *Ob. cit.*, págs. 886 y sigs.

(16) *La opción legal*, etc., citada, págs. 611 a 613.

(17) ESPINAR LAFUENTE: *La herencia legal y el testamento*, Barcelona, 1956, páginas 395 y sigs. Estima que «como lo prueba su origen (en la rabulística italiana), su finalidad era la de poder burlar la ley», y que «en el Derecho mo-

que el derecho del legitimario a la titularidad y a la cuota es un derecho puro y sin limitaciones. Desde otro punto de vista podríamos decir que tampoco lo es por cuanto la atribución testamentaria es la del *quantum* mayor con el gravamen: lo que el legitimario puede hacer es no aceptarla y aceptar la delación legal. Todo serían lucubraciones que no desvirtúan lo que en la realidad se produce: el legitimario tiene un derecho puro que puede ejercitar; el causante le atribuye un derecho superior en cantidad pero de calidad distinta, que puede aceptar; en definitiva, se traduce en una elección: o acepta la delación testamentaria o ejercita el derecho que la ley le atribuye y el testador le concreta. Pero como la ley suprema de la sucesión es el testamento, con efectividad plena si sus disposiciones no rebasan los límites legales, y la *cautela Socini* es de las permitidas, en principio, mientras el legitimario no se decida, por él hay que pasar y a él habrán de atenerse los que la voluntad del testador estén obligados a cumplir, entre ellos y singularmente el contador-partidor.

e) *Ejercicio de la opción*

En materia de su ejercicio tres problemas principales plantea la opción compensatoria, legal o testamentaria: cómo, cuándo y por quién debe ser ejercitada.

Mientras no se acepte la herencia no puede ejercitarse la opción, sin que exista una formalista separación entre estos dos tiempos. Por una parte el ejercicio de la opción supone la aceptación de la herencia, porque en realidad la contiene. Pero de la aceptación de la herencia ¿puede deducirse, sin más, el ejercicio de la opción? (18).

Partamos del caso normal: el testador ha instituido al legitimario en porción superior a su legítima, gravada con el usufructo del viudo, silenciando toda opción o bien facultándole para ejercitarla. Por aplicación directa del artículo 820 o por cumplimiento de la voluntad testamentaria, el resultado es el mismo: o bien acepta la herencia como se le ofrece o bien opta por su legítima. En estos casos, la aceptación expresa de la herencia, conociendo el testamento, implica necesariamente la de las

derno carece de toda razón de ser tal artificio», cuya efectividad nos lleva a la inexistencia de la legítima si el legitimario acata la disposición testamentaria. Hoy —no entramos en disquisiciones históricas— no es un negocio *in fraudem legis* porque la propia Ley lo sanciona con vida y pujanza propias. Y reconvertir un medio legal de satisfacerla en su desaparición, por entender que la opción implica su renuncia, es encasillar la figura en un dogmatismo férreo en desacuerdo con el espíritu de nuestro Código.

(18) Sobre toda esta materia y su evolución histórico-doctrinal, véase VALLET (*Cautelas de opción*, etc., cit., págs. 622 a 708) y lo que GULLÓN opina (*ob. cit.*, páginas 892 a 894).

condiciones en que ha sido atribuida por el testador, salvo que se formule reserva expresa.

El problema se plantea en la aceptación tácita. Deducir que de cualquier acto del legitimario que presuponga la asunción de derechos como sucesor del causante necesariamente resulte que ha aceptado los términos en que le ha llamado como heredero, me parece que sería una exagerada conclusión. Pues el sucesor expresamente puede decir: Yo acepto la herencia, pero me reservo el derecho a decir por qué título; el caso será raro, pero podrá surgir especialmente cuando interese actuar en defensa de la masa hereditaria frente a injerencias extrañas. Y si puede expresarlo así, también podrá actuar en este sentido, no debiendo darse por vía tácita a su actividad una interpretación peculiar.

Pero el sucesor podría demorar la elección en perjuicio del viudo a quien interesa que se verifique cuanto antes la concreción de su derecho. Para ello dispone de la acción que a todo interesado concede el artículo 1.005 del Código civil, entendiéndose que si el heredero no contesta acepta la herencia pura y simplemente, con todas sus cargas, como el artículo 1.003 determina, y por tanto con el gravamen del usufructo viudal.

Sobre quién puede ejercitarla, es tema en el que hemos de remitirnos a las normas generales. Ha de hacerlo quien siendo legitimario se vea limitado en su derecho por la delación testamentaria. La capacidad para ejercitarlo, a falta de una norma expresa, ha de ser referida a la capacidad general para aceptar la herencia, es decir: por los incapaces actuará su tutor con autorización del Consejo de Familia; por los sujetos a la patria potestad, el padre o madre, sin autorización judicial si no tienen intereses contrapuestos, o el defensor judicial en este caso y con aprobación del Juez. Los menores emancipados o habilitados de edad podrán ejercitar este derecho por sí solos pues pueden aceptar y partir herencias y no es de los actos que precisan la asistencia del padre, madre o tutor (19). Y la mujer casada precisará la licencia marital.

Por lo que a los ausentes respecta, la necesidad de inventariar y reservar los bienes a ellos adjudicados (art. 191 C. c.) presupone su concreción y ésta el ejercicio de la opción, que es uno de aquellos actos que exceden de la ordinaria administración y ha de efectuar su representante legítimo con autorización del Juez (art. 186).

Finalmente respecto a su ejercicio en caso de ser más de uno los legitimarios gravados, me remito a lo que ya he dicho (*supra*, II, c *in fine*).

(19) Sobre la necesidad de la aprobación judicial, véase CASASUS HOMET: «El usufructo universal viudal en concurrencia con menores de edad», *Revista de Derecho Notarial*, 76, 1972, págs. 424 y sigs.

III. EL USUFRUCTO UNIVERSAL DEL VIUDO

La tendencia expansiva de esta aspiración ha hecho que los juristas busquen soluciones adecuadas para dar cauce a lo que los cónyuges pretenden en la gran mayoría de los casos.

a) *Posibilidad absoluta*

Es decir, la atribución del usufructo universal al viudo por disposición voluntaria no está vetada por el legislador.

Abre brecha en esta línea GONZÁLEZ PALOMINO (20) a quien siguen, entre otros, D'ORS y BONET CORREA (21). La solución se centra en considerar la legítima como una cuota de valor y al usufructo como un derecho valuable, por lo que todo se reduce a una simple operación de resta a fin de averiguar si al legitimario le queda en bienes y derechos—entre éstos, la nuda propiedad de los bienes usufructuados—, un valor suficiente a cubrir su legítima. Lo cual, desde la reforma de 1958, siendo ya fija la cuota del viudo y no dependiente del número de hijos ni del ejercicio de la facultad de mejorar, quedaría así concretado: la disposición será válida cuando, detrída la parte alícuota de la herencia que en usufructo corresponde al viudo por su legítima, el valor del usufructo del resto, atendida la edad del usufructuario, sea igual o inferior al valor del pleno dominio de la parte de libre disposición. Fórmula referida tan sólo a los casos en que no haya otras disposiciones que mermen la parte libre, pues en tal supuesto habría que computarlas también (22).

La doctrina reaccionó pronta y abundantemente contra esta opinión, que ha sido casi unánimemente rechazada. Tres son, a mi entender, los puntos débiles de la misma:

1.º En cuanto a la naturaleza de la legítima, por considerarla como *pars valoris*, tesis que, cualquiera que fuere en definitiva la que sobre este punto se aceptare, necesitaría para prosperar que se borrarán los

(20) «El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos», *Revista de Derecho Privado*, XXIII, 1936, págs. 160 y sigs., y *ob. cit.* en nota 11.

(21) «El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)», *Anuario de Derecho Civil*, V, 1952, págs. 101 y sigs.

(22) Y que queda referida al caso normal, el de que la cuota viudal haya de detraerse del tercio de mejora por no haber hijos de matrimonio anterior. La otra regla sería, cuando hubiere hijos de matrimonio anterior del causante, que el valor del usufructo de los dos tercios no debe exceder del valor de la nuda propiedad del tercio libre, pues de él se extrae la cuota viudal, lo que equivale a que el valor del usufructo de toda la herencia sea igual o inferior al del pleno dominio del tercio de ella, salvo que hubiere otras disposiciones que mermen la parte libre.

claros términos que emplea el legislador: porción de bienes (art. 806), haber hereditario (art. 809).

2.º Respecto a su aplicación práctica, porque no tenemos una regla imperativa para fijar el valor del usufructo, siendo meramente indicativas y por remisión doctrinal y no legal las del impuesto sobre transmisiones patrimoniales. Nos falta una norma como la que formulaba, en atención a la edad del usufructuario, la *Ley Hereditatium* del título *Ad legem Falcidiam* del Digesto (23).

3. Y frente a los derechos del sucesor forzoso por no respetar la intangibilidad cualitativa de su legítima, cualidad insoslayable de la misma como hemos visto.

SÁENZ DE SANTAMARÍA, siguiendo esta tesis (24), encuentra un refuerzo en el propio párrafo segundo del artículo 813 del Código, al ordenar que sobre la legítima no se podrá imponer «gravamen, ni condición ni limitación alguna, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del mismo», por cuanto estima que tal referencia no puede ser al usufructo legal, sino precisamente al testamentario, pues este artículo trata de la legítima estricta y no de la mejora y el sujeto de la oración es el testador. La argumentación es sagaz y convincente en apariencia, ya que el usufructo legal no grava la legítima estricta ni requiere precepto que lo ponga a salvo de las normas del testamento. Pero, aparte de que legítima son los dos tercios mientras no haya mejora y por tanto a aquélla—al tercio destinado a mejora—afecta la cuota legal del viudo y de que con un argumento lógico-gramatical de un precepto aislado no debe alterarse una configuración completa, cual es la de la intangibilidad de la legítima, también gramaticalmente es refutable, pues si por una parte expresa lo que el testador *no podrá imponer* por otra dice que *queda a salvo lo dispuesto*, no lo que el testador disponga, y lo único dispuesto por el Código en materia de usufructo viudal son los derechos legitimarios del cónyuge viudo.

b) *Posibilidad relativa*

Nos queda pues, tan sólo el cauce de la *cautela Socini*. Que en este punto es más *cautela legal* que nunca, no fraudulenta, por cuanto tiene su amparo en la ley y tiende a satisfacer una imperiosa necesidad del cuerpo social, diariamente reiterada con profusión a lo largo y a lo ancho de toda España, en las notarías de las grandes ciudades, de provincias

(23) Según VALLET DE GOYTISOLO, *Cautelas de opción*, etc., citada, pág. 492.

(24) «¿Es viable el usufructo universal a favor del cónyuge viudo de nuestro Derecho civil común existiendo herederos forzosos?», *Revista de Derecho Privado*, XXXV, 1951, págs. 995 y sigs.

y de los pueblecillos más perdidos, en el sector urbano y en el agrario y en todo tipo y clase de familias, salvo en los matrimonios mal avenidos o en aquellos en que la posición económica del viudo no precisa de este refuerzo.

Pues la *cautela Socini* si para algo se usa es precisamente para hacer viable el usufructo universal dispuesto a favor del cónyuge viudo y por ello en torno a esta posibilidad o por su causa es como ha sido estudiada y tratada por nuestra doctrina. Y se usa con profusión, como hemos dicho, y su bondad, reitero, queda avalada por los escasos pleitos que por su causa se han promovido: ni una sola sentencia del Tribunal Supremo hemos encontrado sobre este punto en concreto, sobre el uso de la *cautela Socini* para posibilitar el usufructo universal del viudo.

Hemos de aceptarla, pero es más, hemos de pasar por la disposición testamentaria, tanto si se ordena en forma de cautela, con las previsiones que se quieran establecer siempre que lícitas fueren, como si imperativamente se dispone sin fijar la alternativa. Porque si el artículo 820 del Código admite claramente la manda de un usufructo cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, confiriendo la opción a los herederos, también debe admitirse toda disposición que así lo prevenga.

Luego con esto llegamos a nuestra segunda conclusión: es válida la disposición testamentaria que atribuye el usufructo universal de la herencia al cónyuge viudo al amparo y conforme a lo dispuesto por el artículo 820 del Código civil en su número 3.º, es decir, disponiéndolo así, sin más, o bien concediendo a los legitimarios el derecho a optar por su legítima en términos que no mermen el que tal precepto les reconoce.

c) *Modalizaciones de la cláusula*

Esta conclusión nos lleva a tratar, siquiera sea de pasada, de otro punto: el de la conjugación de la facultad de mejorar con la opción compensatoria para no perjudicar a los legitimarios que aceptaren el usufructo del viudo. En las cláusulas más corrientes se dispone que los disconformes quedarán reducidos en sus derechos a lo que por legítima estricta les corresponda, acreciendo el resto, o sea su parte en los tercios de mejora y libre disposición, a los que estuvieren conformes, fijando tan sólo la entrega al viudo del tercio libre, más su cuota legal, si la disconformidad fuera de todos los herederos.

Creemos que esta disposición es válida. Que el tercio de mejora puede distribuirse libremente entre los descendientes no ofrece duda y tampoco que para participar en el mismo se puedan establecer cualesquiera requisitos siempre que fueren lícitos. Por otra parte los legitimarios pueden, con-

juntamente, ejercitar la opción compensatoria, mas no están obligados a ello, por lo que prevenir que no lo hagan y por ello resulten mejorados frente a quienes lo hicieren, es también una determinación lícita. Lo que puede suceder es que los herederos forzosos, de mutuo acuerdo y al amparo de la regulación testamentaria, burlen los derechos del viudo, mermando su usufructo en la cuantía de la legítima de cada impugnante, sin que su derecho se transforme en el de recibir el pleno dominio de la parte libre cuando la cláusula sólo lo previene para el caso de que todos sean los disconformes. Y así los derechos del viudo *quedarían* en el usufructo de dos tercios y de la parte que en el otro tercio corresponda al que el usufructo aceptó (25).

La rareza del supuesto le resta importancia. Lo más frecuente es que, abierta la sucesión, al viudo pueda convenirle adquirir el pleno dominio de la parte libre, con o sin su cuota legitimaria en usufructo, antes que disfrutar de toda la herencia. Por tanto, en aquellos matrimonios que pretenden que al viudo se le atribuyan los máximos derechos, lo aconsejable será un legado optativo, facultándole para que elija entre la parte libre en pleno dominio más la cuota legal en usufructo o el usufructo universal de la herencia. En este caso si opta por lo primero, nada pueden ni deben hacer los legitimarios, pero si prefiere lo segundo éstos podrán ejercitar a su vez su derecho de opción.

IV. EL COMISARIO

a) *Facultades*

Siguiendo el hilo de la argumentación, vamos a hablar del comisario como el Código lo nombra, o, como en la práctica se le llama, del contador-partidor de la herencia, figura que a pesar de su elefantiasis continúa vigente, siendo necesaria cuando por unas u otras causas se prevé que la partición por los herederos no discurrirá por cauces fáciles. En realidad lo que aquí nos importa es toda partición practicada sin la voluntad expresa de los herederos (como la hecha por ellos) o tácita o impuesta (cual la partición judicial) y por tanto también la verificada por el testador. Pero como lo que digamos respecto a la partición por comisario valdrá con mayor motivo para la que el testador por sí hiciere, a aquélla tan sólo nos referiremos. Y prescindiendo de toda la temática relativa a su

(25) Lo que se evita si se concede al viudo un derecho de opción para elegir entre el usufructo con tal merma o el tercio libre más su cuota viudal, como postula CASASÚS, *ob. cit.*, pág. 423.

nombramiento, condiciones y formalidades, nos ceñiremos a lo que a nuestro caso importa: las facultades y los deberes.

En cuanto a lo primero el Código nos dice que lo que el testador puede encomendar al comisario es «la simple facultad de hacer la partición», pero como se trata de un acto complejo, debe entenderse, y así lo hacen la doctrina y la jurisprudencia, que tienen atribuidas todas las facultades necesarias para llegar al final: la adjudicación a cada interesado de la parte que en la herencia le corresponda. Y para ello formar la masa activa y la pasiva, concretar el líquido partible, fijar la participación de cada sucesor, conforme a lo que el testador haya dispuesto y a lo que la ley disponga, dividir y adjudicar. Comprendiéndose entre estas facultades las de fijación de las legítimas y atribución o asignación de bienes en pago de las mismas (26).

b) *Deberes*

Como deberes tienen el específico de cumplir con lo que el causante haya dispuesto, acatando las disposiciones del testamento y llevando a cabo unilateralmente la partición, sin que esto impida la intervención de técnicos o peritos que le asesoren e incluso que lleven a cabo la redacción material con todas las operaciones necesarias, pues lo que en definitiva se precisa es que sea el comisario quien decida, quien por su voluntad imponga la partición y sea responsable de la misma. En esta materia el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado han declarado que sus atribuciones están limitadas por lo expresamente ordenado por el testador (27), viniendo a sustituir a éste no con mero arbitrio y de libre modo, sino sometido estrictamente a las cláusulas testamentarias (28), debiendo atenerse al sentido literal de las palabras cuando no aparezca que es otra la intención del testador (29), y al propio tiempo ajustándose a la ley en el cumplimiento de su cometido (30).

En suma, sin el concurso de los herederos, ni de los legitimarios y sometido a lo que el testador y la ley dispongan, es como el comisario debe practicar la partición (31).

(26) Ver resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 1898, 16 de noviembre de 1922 y 9 de marzo de 1927.

(27) Sentencia de 23 de noviembre de 1899.

(28) Sentencias de 13 de julio de 1903 y 18 de mayo de 1933.

(29) Resolución de 14 de septiembre de 1964.

(30) Sentencia de 11 de febrero de 1952, Resolución de 18 de diciembre de 1951, etc.

(31) Sentencia de 11 de febrero de 1952. Sobre las facultades y deberes del comisario puede verse LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones, Parte General* (LACRUZ y ALBADALEJO: *Tratado teórico-práctico de Derecho civil*, V, 1.º), Barcelona, 1961, págs. 504 y sigs., y fundamentalmente Roca SASTRE: *Derecho hipotecario*, 6.ª edición, III, Barcelona, 1968, págs. 847 y sigs.

c) *El comisario ante el usufructo viudal*

Pues bien, el contador-partidor ante la atribución al viudo del usufructo universal de la herencia concediendo o no a los legitimarios la opción compensatoria como el Código civil permite en su artículo 820, no sólo puede adjudicarlo así, sino que *debe* hacerlo así: ha de someterse a la regla fijada por el testador ya que está formulada de acuerdo con lo que el legislador permite y el comisario no puede, a menos que el testador se lo haya encomendado, forzar a los herederos a una decisión en este punto: ha de limitarse a partir y asignar conforme al testamento. Y así es porque la perfección de la partición por comisario, como la perfección de la partición por testador, no depende de que sea aceptada o no por los herederos en ningún caso, ni siquiera por los legitimarios en aras de un especial respeto para sus derechos, pues los preceptos legales claros y contundentes no dan pie para ello. Que después los herederos acepten o repudien la herencia, acaten o impugnen la partición, es cuestión aparte. La partición queda hecha y es perfecta si bien hecha está: quienes en ella no han intervenido podrán atacarla en defensa de sus derechos, lo que ya es otro cantar.

También en este punto la jurisprudencia es concorde y abundante. Valga por todos los fallos la resolución de 17 de diciembre de 1955 sentando que, «como este centro directivo tiene reiteradamente declarado», las operaciones particionales practicadas por los albaceas, contadores-partidores, crean un estado inalterable de derecho con plenos efectos jurídicos en las esferas gubernativa y extrajudicial, de tal manera que para impugnar las posibles extralimitaciones en que hubiera podido incurrirse sea necesario acudir a la vía judicial, por lo que, como dice la resolución de 12 de diciembre de 1927, mientras los Tribunales no declaren lo contrario la partición producirá los efectos y consecuencias que lógicamente se deriven de los términos en que se halle redactada.

Como hemos dicho, el contador-partidor no puede forzar a los herederos a tomar una decisión, a ejercitar la opción que de la cautela o de la ley se deriva para ellos. No tienen facultades para compelerlos forzosamente. Pero sí que las tiene, en bien de la firmeza y claridad de la partición, para inquirirles, para pedirles que se pronuncien sobre si aceptan la institución con el gravamen u optan por percibir lo que por legítima les corresponda libre de la carga. Si no contestan, nada podrá hacer sino actuar cumpliendo el testamento, ya que no cabe que a su silencio le confiera determinada interpretación, pues esto sería tanto como una imposición que él, por sí solo, no está facultado para hacer.

Quien podría hacerlo es el testador y por tanto delegarlo en el comisario, por lo que si así sucediere, este sí que puede, conforme a los tér-

minos del testamento, exigir una respuesta y actuar conforme al resultado incluso por vía de interpretación del silencio. Sin perjuicio de que el cónyuge viudo, o un legitimario respecto a los demás, podrán pedirlo, y su petición justa será amparable por los Tribunales para conseguir una respuesta.

En resumen, la partición verificada por el comisario, y también la hecha por el testador, atribuyendo al cónyuge viudo el usufructo universal de la herencia en conformidad con la disposición testamentaria amparada en la *cautela Socini* es un acto válido y eficaz, que causa estado y por el que hay que pasar sin necesidad de la intervención de los herederos.

Otra cuestión es la de si el comisario ante una disposición testamentaria atribuyendo al viudo el usufructo universal y a los legitimarios la nuda propiedad, sin conferirles la opción propia de la *cautela Socini*, podría por vía interpretativa actuar como si la opción estuviera ínsita y practicar la partición en su debido acatamiento. No habrá duda cuando, por el contexto del testamento, pueda entenderse que el testador tácitamente así lo ordenó, pues entra dentro de las facultades del comisario la de interpretar el testamento buscando siempre la más plena efectividad de la voluntad del testador. Pero tampoco ha de ofrecerla en caso de que, ni expresa ni tácitamente, el testador haya conferido tal opción a los legitimarios, pues, y no nos cansaremos de recordarlo, ésta viene impuesta *ex lege*. El texto legal como presupuesto del ejercicio de la opción pone como condición que «la manda consista en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible» y para nada se refiere a que el testador lo haya previsto. Luego el comisario, en cumplimiento de su deber y en debido acatamiento a lo que el testador dispone y la ley impone, debe adjudicar el usufructo al viudo, pudiendo expresar el derecho que por ley corresponde a los herederos, es decir, plasmar en el cuerpo de la partición la conversión de una disposición que por sí sola podría ser nula pero que el legislador convalida, lo que equivale a admitir presuntivamente la cautela en todo caso.

V. INSCRIPCION DE LA PARTICION POR COMISARIO

a) *La eficacia de la partición*

Sobre la naturaleza de la partición se ha debatido mucho, en cuanto a si la misma es traslativa, determinativa o especificativa, es decir, contemplando su eficacia en relación de presupuesto a resultado, según se estime

que produce un cambio en la titularidad de los bienes heredados, la mera concreción de la misma o el final de un proceso de determinación.

Pero lo que nos interesa ahora es estudiar la naturaleza de cada tipo de partición para de ahí averiguar cuándo alcanza la perfección, que es tanto como decir cuándo será inscribible en el Registro, ya que al mismo sólo deben tener acceso los negocios jurídicos con efectos reales sobre bienes inmuebles que reúnan los requisitos fijados por el legislador: que sean perfectos.

La partición hereditaria es un negocio jurídico que contiene una o varias declaraciones de voluntad dirigidas a la concreción de los derechos de los herederos sobre los bienes de la herencia. Ahora bien, es un negocio en el que los otorgantes no pueden actuar con la amplia libertad que es tónica general en este campo jurídico, caracterizado por la autonomía de la voluntad, por tratarse del último eslabón de un proceso—el de la sucesión *mortis causa*—condicionado por sus precedentes y, a la par, presupuestos de su efectividad. Le afectarán, como a todo negocio, las normas—las pocas normas—de carácter general que limitan o encauzan dicha autonomía, dicha libertad, pero además y fundamentalmente debe sujetarse a una ley peculiar: la de la sucesión hereditaria. Ley que puede estar fijada sólo por la norma pública—sucesión abintestato—, sólo por la privada—sucesión testamentaria sin herederos forzosos—o conjuntamente por ambas, en yuxtaposición—testamento incompleto—o superposición—sucesión testamentaria con herederos forzosos—.

La partición ha de sujetarse a las reglas, legales y testamentarias, que rigen la sucesión *mortis causa*, sin poder contravenirlas, aun cuando en atención a su peculiar contenido que requiere la partida de unos datos de hecho con el consiguiente riesgo de equivocarse, el legislador establezca una dispensa de error hasta un máximo de la cuarta parte del valor de las cosas (art. 1.074 C. c.). Y esta sujeción es necesaria para todo tipo de partición, tanto la hecha por el testador o el comisario como la practicada por los herederos, pues la ley de la sucesión es en todo caso presupuesto necesario y esencial de aquélla. Claro que en la partición hecha por los herederos, siempre que se den los requisitos de capacidad y legitimación en orden a la disposición de que se trate, éstos podrán, de mutuo acuerdo entre aquellos a quienes afecte, alterar los términos de la división de modo que su resultado no se amolde a lo que por testamento o ley les debiera corresponder. Pero este caso no interesa a nuestro estudio: los acuerdos que excedan de lo que es pura partición hereditaria son actos que los herederos llevan a cabo partiendo del convenio, expreso o tácito, resultado del proceso sucesorio, pues disponen de sus derechos mediante

enajenaciones, compensaciones, renunciaciones o de cualquier otro modo, precisamente porque ya les pertenece y así lo reconocen.

Pues bien, en la partición hecha por los herederos su perfección y consumación se confunden, pues su aprobación comprende las dos manifestaciones de voluntad necesarias: la aceptación de la herencia, aunque expresamente no se haga por resultar así del artículo 999, párrafo tercero, del Código civil, y la aceptación de la propia partición. Y entonces cualquiera que sea la naturaleza que al acto particional le atribuyamos, se cumple lo que el artículo 1.068 del propio Código dispone, que «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados».

No es éste nuestro caso. Recapitulemos; el proceso consta de cuatro etapas: delación voluntaria o legal, aceptación de la herencia, partición de la misma y aceptación de la partición, si bien las dos últimas se refunden cuando las cumplen las mismas personas en un solo acto, el cual puede contener también la segunda etapa: la aceptación de la herencia.

En cambio, cuando el testador, en uso de su perfecto derecho a disponer de sus bienes como quiera, lleva a cabo por sí la partición de la herencia o ésta es practicada por la persona en quien a tal fin delegó su potestad, estas cuatro etapas resultan claramente diferenciadas, quedando al menos en su expresión formal relegadas al final del proceso las de aceptación de la herencia y aceptación de la partición y generalmente refundidas en una sola manifestación de voluntad del heredero, expresa o tácita—y conjunta o separada cuando son varios—. Mas no se cumplirán todas ellas cuando los herederos expresen su disconformidad—rechazándola o impugnándola—con la delación o con la partición.

Esta separación en distintos actos del proceso particional no es una mera disquisición teorizante, sino una realidad, pocas veces expresa, casi siempre subyacente, que, en lógica y aparente paradoja, es silenciada por la doctrina por sobradamente conocida. Y así, ante el artículo 1.078 del Código que sanciona los efectos de aquél en su resultado final, los autores se plantean cuál es la naturaleza de la partición en base de esa eficacia, de ese resultado positivo, de todo el proceso. Y se olvidan no ya de la repulsa de la misma por los herederos, que no es tema que a nuestro caso importe, porque si la partición está «legalmente hecha», aquélla fracasará y si triunfa es porque no estaba bien hecha, sino de otro punto fundamental: el de la repudiación de la herencia que altera las consecuencias de la delación y, por tanto, también de la partición.

¿Qué ha sucedido entonces? La partición *está legalmente hecha* en cuanto parte de un presupuesto válido: la vocación contenida en el testamento, que por sí sola no consuma la transmisión hereditaria, pues pre-

cisa de la voluntad del sujeto terminal, la del sucesor *mortis causa*. Pero la partición es perfecta, como, por otras causas, perfecta puede ser una compraventa de cosa ajena aun cuando la transmisión de su objeto jamás llegue a producirse.

La partición efectuada por el testador o el comisario por él designado, no es otra cosa que la concreción objetiva de la delación testamentaria: su naturaleza es la de un negocio unilateral complementario, en trance determinativo o especificativo, de otro principal—el testamento—de forma tal que, unidos, completan la primera fase, o de oferta, de la transmisión *mortis causa*. El heredero puede rechazar o aceptar este llamamiento objetivamente concretado, pero no puede hacerlo por separado respecto a cada uno de los dos negocios que lo integran. En principio está claro que no se puede repudiar la herencia y aceptar la partición, pues por aquella renuncia se pueden aceptar o repudiar ambas, pero surge la duda de si cabe aceptar la herencia y rechazar la partición.

Distingamos. Refutar la partición, impugnarla, presupone aceptar la condición de heredero, pues este acto es de aquellos valorados como de tácita aceptación de la herencia. Pero el éxito de esta impugnación, su efectividad, sólo se producirá cuando la partición, cualquiera que fuese la causa, no esté *legalmente hecha*, pues si no adolece de ningún defecto el heredero ha de estar y pasar por ella: la partición puede rescindirse—sólo puede rescindirse, viene a decir el legislador—por las mismas causas que las obligaciones (art. 1.073 C. c.), aparte de los supuestos especiales de lesión (art. 1.074) e indudablemente puede estar aquejada de los vicios o defectos que, conforme a la doctrina general, determinan la inexistencia, nulidad o anulabilidad de todo negocio jurídico. Fuera de estos casos el heredero no puede rechazar la partición como puede rechazar la herencia: es decir, como algo que queda a su libre voluntad; si acepta la herencia y la partición está bien hecha, por ella tienen que pasar; frente a la partición *legalmente hecha* no tiene opción alguna, pues el legislador no le atribuye el mismo derecho que para repudiar la herencia. Sólo cabe que ataque la partición por adolecer de defectos, es decir, por no estar *legalmente hecha*. Es más, ni siquiera todos los herederos de común acuerdo pueden rechazar la partición efectuada por el contador partidor o por el testador y llevarla a cabo, en convenio unánime, de modo distinto; estimarlo así sería tanto como aceptar que se pueda prescindir del comisario designado por el testador, lo que en nuestro derecho vigente, como la jurisprudencia tiene declarado (32), no es posible.

(32) *Vide* Sentencia de 17 de mayo de 1910.

b) *Inscripción de la partición por testador o por comisario*

De todo lo que hemos expuesto, que no es más que lo que nuestro Código civil dice como lo interpretan la doctrina y la jurisprudencia, resulta que mientras el heredero no acepte la herencia no se produce la transmisión *mortis causa* y por consiguiente no adquiere derecho concreto alguno sobre los bienes. Lo que no empece para que el testamento y la partición sean perfectos, siquiera puedan resultar parcial o totalmente ineficaces por la repudiación de aquél.

Partiendo de este presupuesto el legislador hipotecario pudo optar entre exigir la consumación de la transmisión hereditaria para poder inscribir, conforme a la pauta general del ordenamiento registral, los derechos adquiridos por los herederos sobre los inmuebles hereditarios, o bien, acomodándose a los precedentes escriturarios que consideraban suficientemente titulada la herencia con el testamento y la partición, permitir el ingreso de estos títulos en el Registro aunque no constare la aceptación de los sucesores. Teóricamente esta última solución es imperfecta y se corre el riesgo de que por la repudiación se destruya el título patrimonial, restándole toda eficacia. Pero la práctica demuestra que el riesgo es mínimo, por lo cual el problema no llegó a preocupar al legislador compeliéndole a exigir la constancia de la aceptación de los herederos para inscribir la partición hecha por el testador o por el comisario.

Así las operaciones particionales formalizadas conforme a ley por el testador o por el contador-partidor por él designado, como nos dice ROCA SASTRE (33), crean un estado de Derecho que surte efecto y son inscribibles en tanto no sean rescindidas por los Tribunales de justicia, ya que las posibles extralimitaciones del contador partidor sólo pueden ser objeto de impugnación por la vía judicial, debido a que *prima facie* deben presumirse válidas y eficaces, y han de pasar por ellas los herederos, aunque reúnan la condición de legitimarios, pues la Dirección General ha declarado que «la falta de aprobación de los herederos forzosos de la partición efectuadas por el testador o por el contador-partidor, no es defecto que impida la inscripción de aquélla» (34) y que ni siquiera hace falta acreditar la aceptación de la herencia por los llamados a ella como herederos (35), criterio confirmado por la Real Orden de 16 de marzo de 1918, denegando la solicitud de las Juntas Directivas de los Colegios notariales de Madrid, Barcelona y Valencia y otros adheridos, en la que se pedía que

(33) *Derecho hipotecario*, cit., III, pág. 858.

(34) Resolución de 22 de enero de 1898.

(35) Desde la de 25 de agosto de 1879 a la de 3 de agosto de 1944, pasando por las de 5 de octubre de 1880, 22 de enero de 1898, 6 de marzo de 1923, 19 de junio de 1944, etc.

para las inscripciones de bienes a título de herencia fuese imprescindible que el heredero o herederos la aceptasen y solicitaren expresamente la inscripción, aunque los argumentos empleados en el informe de la Dirección General en que se funda, según el mismo ROCA (36) no sean muy convincentes.

En resumen, la partición hecha por el comisario conforme a las reglas del testamento es título directamente inscribible sin necesidad de aceptación o intervención ninguna de los herederos o sus representantes, porque se trata de una escritura de partición o de protocolización de operaciones particionales «formalizadas con arreglo a las leyes» como requiere el artículo 83 del Reglamento Hipotecario. Ni siquiera cuando entre los herederos haya alguno menor de edad o sujeto a tutela, pues como reiterada jurisprudencia ha declarado (37) la Ley de Enjuiciamiento civil ha sido derogada por el Código en este punto y bastará con cumplir lo que él exige: que el comisario inventarié los bienes de la herencia con citación de herederos, acreedores y legatarios, siendo suficiente para acreditarlo que así lo manifieste el contador (38) sin necesidad de prueba alguna (39), pero como para poder practicar la citación se precisa en buena técnica jurídica que el destinatario sea capaz o, en su defecto, que la reciba quien le represente, se precisará que exista tal representante (padre, madre o tutor) y singularmente que se nombre a dicho fin una persona—defensor judicial—o esté ya designado—protutor—cuando, por tener intereses encontrados, no sea válida la citación al representante (40).

Por otra parte, la partición verificada por el testador o su delegado determinando quiénes son los adquirentes, qué bienes o derechos y de qué modo ha de recibir cada uno, surte un efecto preventivo: el de que está bien hecha mientras no sea impugnada, por lo que, sin haberse consumado la transmisión, el título que la contiene ingresa en el Registro sin necesidad de que en el mismo conste la aceptación de los adquirentes y sin perjuicio del derecho de éstos a impugnarlas mientras no la hubieren aceptado. No se trata de una norma excepcional y de efectos transitorios ante la necesidad de la concurrencia de la voluntad de ambas partes, como en la hipoteca unilateral, sino de una consecuencia natural de la regula-

(36) *Derecho hipotecario*, cit., III, págs. 856 y 857.

(37) Sentencia de 21 de noviembre de 1938 y Resoluciones de 22 de enero de 1898, 7 de marzo de 1914 y 28 de mayo de 1924, entre otras muchas.

(38) Resoluciones de 7 de marzo de 1914 y 30 de abril de 1917.

(39) La Dirección General modificó su anterior criterio de que había que probar la citación en forma auténtica o fehaciente (Resoluciones de 18 de agosto, 21 de diciembre de 1909 y 22 de julio de 1912).

(40) Resolución de 13 de mayo de 1916 y Sentencia de 26 de noviembre de 1955.

ción histórica de la sucesión testamentaria que accede al Registro con carácter definitivo.

c) *Nuestro caso*

Cuando ya tenía redactada esta conferencia—pues el curso en que se inserta estaba programado, en principio, para la pasada primavera—llegó a mis manos el número de la *Revista de Derecho Notarial* con el trabajo de ese magnífico notario que es EMILIO CASASÚS HOMET sobre la materia que debatimos (41). Su actualidad y precisión en las argumentaciones que esgrime, y que podemos aceptar como síntesis de la doctrina hipotecarista contraria a la inscripción que he propugnado, exigen que me pare a considerarlo.

Parte de la «plena admisión de la cláusula o cautela compensatoria», alegando que «la opción del legitimario exige la capacidad para aceptar-repudiar herencia y la capacidad también para realizar la partición hereditaria si dicha opción va incurso como antecedente previo en el propio acto particional», reconociendo que «opción y partición son actos conceptualmente distintos» (42). Mas cuando se plantea la inscripción de la partición practicada por el comisario, rebatiendo los argumentos mantenidos por el *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada* (43), alega fundamentalmente que el contador-partidor no puede resolver lo que el testador no podría hacer y que «toda adjudicación particional presupone un concreto llamamiento sucesorio, una inicial determinación cuantitativa y cualitativa del derecho a suceder, y ésta no puede hacerla el contador, ya que depende de la opción de los legitimarios». Y sustenta que los efectos del testamento en este caso «están condicionados precisamente a la opción de los legitimarios» y el actuar del contador «según ley y testamento» no sirve «para admitir, sin más, la eficacia» de la partición, pues «no cabe hablar de partición sin saber el cómo y el cuándo del derecho sucesorio de los legitimarios, cuya determinación depende de la opción por ellos realizada» (44).

Estamos conformes en que la opción no pueden llevarla a cabo más que los propios legitimarios, por sí o por medio de sus representantes legales, pero no aceptamos que se precise aquélla para que la partición por el comisario tenga eficacia y, por ende, pueda ser inscrita.

Un negocio jurídico es eficaz en cuanto produce los efectos que la ley o la voluntad de los interesados, creadores de esa ley particular, le atri-

(41) Citado en nota 19.

(42) *Ob. cit.*, pág. 424.

(43) Año 1961, pág. 171; año 1962, págs. 871 y 872.

(44) *Id.*, págs. 430 a 432.

buyen. Y no más. Así en nuestro derecho la compraventa eficaz confiere al comprador el derecho a obtener la entrega de la cosa, pero no produce la transmisión de su propiedad, que precisa de la tradición, y mientras esa transmisión no se produzca—o porque no llegue a producirse—no puede decirse que la compraventa carezca de eficacia. En cambio en los ordenamientos que le confieren efectos reales, la no transmisión de la propiedad de la cosa sí que prueba la ineficacia de la compraventa.

¿Cuál es, en lo que a nuestro caso atañe, la eficacia de la partición hecha por el testador o por el comisario? Simplemente la de concretar con relación a bienes, derechos y obligaciones determinados, el llamamiento testamentario, lo que requiere una triple determinación: la del llamado, la de los bienes y la del derecho que sobre ellos se le atribuye. Para lo cual el comisario debe atenerse a lo que el testamento ordene siempre y cuando sus determinaciones no sean contrarias a la ley. Ahora bien, si para la eficacia de la partición entendiéramos que debe producirse de modo perfecto la transmisión de la masa hereditaria a los sucesores, conforme a lo que el testador y la ley determinen, nuestra tesis vendría a tierra. Pero por todo lo expuesto ya hemos visto que no es así, sino que la partición por testador o comisario es en nuestro derecho un negocio unilateral que no precisa de la concurrencia de los sucesores del causante, que es directamente inscribible. Y que al igual que el último testamento válido, es eficaz y los llamados podrán aceptar o rechazar su llamamiento, sin perjuicio de poder atacar su contenido en salvaguardia de sus derechos legítimos si lo estimaren defectuoso, la partición que se acomode a lo dispuesto en aquél es también eficaz sin perjuicio de que los interesados que en ella no hayan intervenido puedan aceptarla o atacarla por entender que viola sus derechos. Pero en ningún caso para que se perfeccione y se inscriba en el Registro se precisa su previa conformidad.

Si estimamos que para la *eficacia* de la partición verificada atribuyendo al viudo el usufructo universal de la herencia, se requiere que los herederos forzosos ejerciten la opción que les confiere el artículo 820, número 3.º del Código civil, igual podremos mantener que para la eficacia de cualquier partición se requiere que los herederos, voluntarios o forzosos, ejerciten previamente su derecho a aceptar o repudiar la herencia. Pues si por consecuencia de aquella opción pueden alterarse los efectos de la partición tanto en el *quantum* como en el *quale*, de tal modo que queden sin valor alguno todas o parte de las operaciones particionales, por la repudiación de la herencia se alterará la personalidad o número de los llamados o ambas a la vez, el *quantum* de cada uno e incluso el *quale* cuando se trate de llamamientos (piénsese en sustituciones fideicomisarias) dependientes de la efectividad de otros.

Repetamos, como la jurisprudencia ha declarado (45) para inscribir la partición verificada por el comisario no se precisa ni la aceptación de los herederos ni la aprobación de los que forzosos lo fueren; todos podrán, aunque esté hecha, repudiar la herencia, o aceptarla e impugnar la partición que lesione sus derechos, y los legitimarios, además, atacar la que merme los que la ley atribuye. Todos, en definitiva, pueden optar por aceptarla o rechazarla con todas sus consecuencias. Lo mismo puede hacer el heredero en el caso que nos ocupa, si bien por el hecho de aceptar la herencia surge para él uno especial: el de optar entre aceptar las disposiciones del causante concretadas por la partición o recibir su legítima escueta, alterando en este caso los términos de la partición de tal modo que, si no está prevista en alternativa de soluciones esta posibilidad, devendrá parcial o totalmente ineficaz, como parcial o totalmente ineficaz resulta una partición sin juego de *cautela Socini* por la simple repudiación del heredero.

En cuanto a las repercusiones prácticas, cierto es que la inscripción de una partición con usufructo universal y herederos forzosos, sin aceptación por parte de éstos, no asegura la firmeza de las adjudicaciones en ella formuladas ni consiguientemente la efectividad de las transmisiones de bienes y derechos a los herederos, pero ésta es, como acabo de decir, ventura que corre la inscripción de toda partición sin aceptación de los sucesores; y si por aquellas adjudicaciones se puede mermar el derecho de los legitimarios, lo mismo cabe en cualquier división, en base o no de disposiciones concretas del causante, incluso por simple error en las valoraciones. Sin olvidar que incluso frente a una transmisión a tercero protegido sus consecuencias son de tipo temporal si su objeto es un derecho de usufructo y perpetuas si lo es el pleno dominio.

En definitiva, que no hay razón, ni siquiera práctica, para que la partición verificada por el testador o por el comisario acatando la disposición que atribuya al viudo el usufructo universal de la herencia al amparo del artículo 820 del Código civil se la mida con distinto rasero, considerándola como excepcional, y requiriendo, en contra de toda la normativa legal, la intervención de los herederos, ya sea en todo caso sólo cuando entre ellos hubiere menores o incapaces, pues en ninguno de estos supuestos existe disposición alguna, ni ha habido pronunciamiento jurisprudencial, que obligue a cumplir mayores o distintos requisitos que los que para tales eventos ha fijado la ley con carácter general.

(45) *Vide supra* notas 34 y 35.

d) *Viabilidad y consecuencias de la postura contraria*

Aunque no se comparta nuestra tesis, lo que no cabe es discriminar entre herencias con herederos todos presentes, mayores de edad y capaces y herencias con algún ausente, menor o incapaz a efectos de aceptar o no la inscribibilidad de la partición por comisario adjudicando al viudo el usufructo universal en concurrencia con herederos forzosos. Pues el único argumento esgrimible y esgrimido es que en tal caso se requiere que previamente los herederos se pronuncien respecto al derecho de opción que la ley les concede, derecho que para todos es el mismo. Lo cual en algún caso nos puede conducir a un callejón sin salida y siempre se corre el peligro de que la solución devenga imposible.

Cuando se trate de legado de usufructo universal al viudo que concurre a la herencia con hijos suyos y del causante, sujetos a su patria potestad, conforme a nuestra tesis bastará que el comisario inventarie los bienes con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, precisándose que exista nombrado un defensor judicial de los menores para que, por ellos, reciba la citación y pueda actuar en consecuencia como estime pertinente. Mas en la línea contraria se requeriría la aceptación de la partición por el representante del menor, por el defensor judicial en este caso. ¿Por sí sólo? Creemos que no se puede admitir en buena lógica, por cuanto si partimos de una defensa a ultranza de estos derechos de menores sobre bienes inmuebles ha de ser con todos los requisitos de su salvaguarda y por tanto, estimando que tal aceptación implica el ejercicio del derecho de opción que el legislador atribuye al legitimario y como éste versa en una alternativa entre unos u otros derechos—de nuda propiedad sobre más bienes o de pleno dominio sobre menos—llegaremos a la conclusión de que se precisan las mismas formalidades que para la enajenación de bienes inmuebles, es decir, la autorización judicial (46). Y es muy posible que el juez nos conteste que él sólo puede intervenir en trámite de jurisdicción voluntaria cuando no haya partición hecha por el comisario, dada la modificación que en este punto introdujo el Código civil, con relación a la ley de Enjuiciamiento civil. Y entonces, ¿habrá que acudir al juicio ordinario para inscribir una partición hecha conforme a lo que el testador ordenó en uso de la permisión legal, por quien él designó y con la aquiescencia tácita—o expresa si al otorgamiento concurre—del defensor judicial?

Pero aun en el caso de que todos los herederos sean capaces o estén debidamente representados, requerir su aprobación para inscribir una partición de este tipo, indudablemente dificultará la solución, enervando las facultades del contador partidor que en los testamentos se nombra

(46) Como opina CASASÚS, *ob. cit.*, pág. 433.

muchas veces, más que para salvar la posible discrepancia de los herederos, para obviar las dificultades prácticas que entraña conseguir su aceptación en forma auténtica.

Y siempre, cualquiera que fuere la condición de los herederos en cuanto a su capacidad dispositiva, lo que se habrá hecho es obstaculizar la solución que el testador quiere para su herencia en conformidad con lo que la ley le permite. Pues, y perdonadme tanto remachar, si puede disponer del usufructo universal de la herencia a favor de su viudo para la viabilidad de esta manda no es igual atribuir a los herederos forzosos un derecho de opción que requerir que este derecho se ejercite. Trastrueque que no sólo va en perjuicio del viudo sino también de aquellos herederos —la mayoría como la experiencia demuestra— que acatan el testamento, pero cuyos derechos no pueden concretarse hasta que todos los demás se pronuncien.

VI. CONCLUSIONES

Hemos llegado al fin de nuestra disertación. Y creo que han quedado claras estas conclusiones:

1.^a La intangibilidad cualitativa de la legítima es tal como la ley determina, por lo que respecto a la misma caben las disposiciones que el legislador permite. Y digo respecto y no «en contra» o «en merma» ya que la disposición permitida no puede, por definición, rebasar los límites que el legislador señala.

2.^a El legado de usufructo universal al viudo puede ser ordenado por el testador, si bien los herederos forzosos podrán ejercitar la opción que les concede el artículo 820 del Código civil, tal como de dicho precepto resulta o como el testador haya regulado sin desbordar el cauce de la permisión legal.

3.^a El contador-partidor debe partir la herencia en conformidad con lo ordenado por el testador y lo dispuesto por la ley y, por tanto, adjudicando o entregando al viudo el usufructo universal que el testamento le confiera.

4.^a La partición legalmente hecha por el causante o por el comisario es inscribible en el Registro de la Propiedad sin precisar la aceptación de la herencia por los herederos, ni aprobación alguna.

5.^a Los herederos forzosos, aunque esté practicada la partición e inscrita en el Registro de la Propiedad, podrán ejercitar su derecho de opción mientras no haya caducado.

JOAQUÍN SAPENA
Notario.