

El artículo 1.056, párrafo 2º., del Código Civil y las menciones legitimarias

“La interpretación jurídica se dirige al sentido objetivamente válido del precepto jurídico.”

(RADBRUCH, *Filosofía del Derecho.*)

Las protecciones hipotecarias de las titularidades jurídicas deben reunir siempre dos notas principales: suficiencia y adecuación. Suficiencia para que la titularidad jurídica no pueda resultar, en modo alguno, lesionada, y adecuación para poder adaptarse a todas las especialidades del instituto jurídico de que se trate. Reuniendo estas dos notas nos encontramos ante lo que podríamos llamar una protección plena, que es, sin duda, la meta a que deben tender todas las normas hipotecarias de este tipo.

El ideal sería hallar un tipo único de garantía adaptable a todas las titularidades, pero dada la pluralidad de formas que éstas pueden adoptar no puede encontrarse este tipo unitario de protección, sino que es preciso arbitrar un sistema de formas tutelares diversas. Así en orden al derecho sucesorio, y dado que frente a una herencia pueden distinguirse las situaciones jurídicas de heredero, legatario, acreedor y legitimario, el derecho registral ha desarrollado un sistema de normas que tienen por objeto tutelar estas distintas titularidades.

El heredero, que es indudablemente quien tiene una posición más firme, como titular —único o cotitular, según los casos— del “as” hereditario, tiene a su favor dentro del derecho hipotecario,

por una parte, la anotación de derecho hereditario (número 6 del artículo 42 de la Ley), y por otra, una vez verificada la partición, la posibilidad de inscribir a su favor los bienes relictos, con todos los efectos tanto defensivos como activos que la inscripción lleva consigo.

La situación del legatario es más compleja, porque a efectos del Derecho inmobiliario pueden distinguirse varios tipos de legados: el de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones impuestos sobre los mismos, el de género o cantidad y el de parte alicuota. El primero, en orden a su protección, puede pedir anotación preventiva de su derecho sobre los mismos bienes sobre los que recae su legado (art. 47 de la Ley); el segundo tiene la protección positiva que le otorga la anotación preventiva, que en este supuesto puede extenderse sobre cualesquiera bienes de la herencia (art. 48 de la Ley) y además la protección negativa consistente en que los herederos gravados con este tipo de legados no pueden pedir la inscripción de los bienes hereditarios hasta que hayan transcurrido ciento ochenta días desde la muerte del causante, a menos que previamente justifiquen el pago de los legados (artículo 49 de la Ley); el tercero, es decir, el legatario de parte alicuota, tiene una situación jurídica equiparable a la del heredero, siéndole por tanto aplicables las normas señaladas para éstos.

El acreedor, por ser extraño a la comunidad hereditaria, por tener sólo un derecho de crédito de naturaleza y entidad mucho más débil, y por tanto estando mucho más necesitado de protección, tiene una serie de garantías mucho más compleja, que se inicia con la anotación de derecho hereditario (art. 46 de la Ley) y sigue con las anotaciones de demanda, embargo, secuestro y prohibición de enajenar (números 1, 2, 3 y 4 del art. 42 de la Ley), aparte de la garantía que puede otorgarle la anotación a favor de los acreedores que regula el artículo 45 en los casos contemplados por el mismo.

Hasta aquí no existe ningún problema. Todas estas titularidades tienen unas garantías específicamente apropiadas a su naturaleza y todas ellas tienen como nota común el ser suficiente para protegerlas. El problema surge con los legitimarios, y surge porque en nuestro derecho no existe un tipo unitario de legítima, ni siquiera dentro del ámbito del derecho común.

En principio, y a los efectos de este trabajo, pueden distinguirse dos tipos esenciales de legítima (1): el legitimario de una cuota "in natura" y el legitimario de una cuota de valor. El primero de ellos, que es la regla general en nuestro derecho, sin adquirir el carácter de heredero (2), la naturaleza de su adjudicación le atribuye una cualidad semejante a la de éste y, por tanto, le son aplicables todo el sistema de garantías que la Ley Hipotecaria establece para los herederos, pudiendo, en su consecuencia, oponerse a que los herederos, por sí solos, inscriban los bienes hereditarios a su nombre. El segundo, sin embargo, puesto que sólo tiene sobre el "as" hereditario el derecho a una cuota de valor, no puede oponerse a que los herederos inscriban a su nombre, y por sí solos, los bienes de la herencia, y su defensa queda limitada a una mera afección genérica de todos los bienes hereditarios al pago de las legítimas. Esta afección se hace constar en los libros registrales en base al discutido artículo 15 de la Ley, si es que este precepto se admite dentro de la normatividad general del derecho común.

La doctrina recoge como supuestos de este segundo tipo de legitimarios todos aquellos casos en que la legítima puede ser abonada por los herederos en metálico, es decir, aquellos en los que los legitimarios son excluidos de los bienes hereditarios "in natura", y sus derechos pagados en dinero que ni siquiera es necesario que exista en la herencia. Concretamente se afirma que esto tiene lugar en los tres supuestos siguientes:

1. La legítima del cónyuge viudo (art. 839 del Código Civil).
2. La legítima de los hijos naturales (art. 840 del Código Civil).
3. El párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil.

(1) Téngase en cuenta que no estamos tratando aquí del debatido problema de la naturaleza jurídica de la legítima, sino de una división meramente práctica, hecha atendiendo a la naturaleza de los bienes en que son pagados los legitimarios.

(2) El Código Civil lo denomina heredero forzoso en los artículos 806 y 807, pero esta denominación no resulta demasiado correcta, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 815 autoriza a que el legitimario reciba su derecho por cualquier título y que el legitimario nunca sucede en las obligaciones del "de cuius", característica propia de todo heredero. Véase sobre este punto Roca, *Anotaciones al Derecho de sucesiones de Kipp*, Barcelona, 1951, pág. 316, y su trabajo *Naturaleza jurídica de la legítima*, "R. D. P.", 1944, pág. 185. Igualmente PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1964, vol. 3, pág. 13.

En todos estos supuestos nos encontramos con el denominador común de que, bien por disposición de la Ley (los dos primeros), bien por determinación del testador (el tercero), los legitimarios son separados de los bienes de la herencia y llamados únicamente a un valor patrimonial de la misma.

Pues bien, de los tres supuestos indicados en el presente trabajo, vamos a dedicarnos a estudiar exclusivamente uno de ellos: el párrafo segundo del artículo 1.056, y vamos a estudiar únicamente este supuesto por considerarlo el de mayor interés, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista económico y familiar.

Así, desde el punto de vista económico-social, si se consideran de rentabilidad reducida y, por tanto, antieconómicas las explotaciones minifundistas, en este párrafo segundo del artículo 1.056 existe una posibilidad nada desdeñable para mantener la fincabilidad de nuestra patria dentro de límites económicamente racionales. Además, desde el punto de vista de la economía jurídica una mayor difusión de este precepto entre los juristas prácticos haría innecesaria la mayor parte de la legislación hoy existente, relativa a la concentración parcelaria, unidades mínimas de cultivo, huertos familiares, etc., y los intereses en ellas tutelados quedarían, incluso, mejor salvaguardados, pues aquella legislación, si bien reúne desde el punto de vista teórico todos los "desideratum" jurídicos, desde el punto de vista práctico, y sobre todo en cuanto se refiere a mantener la ordenación rural lograda tras grandes sacrificios, es excesivamente débil y timorata (3); y no debe olvidarse que mantener la ordenación rural es tan importante como verificarla, y que para evitar que el fallecimiento del titular de una explotación lleve consigo primero la desintegración de su extensión física y después la anulación de su rendimiento económico, sólo existen dos caminos: ordenar la indivisibilidad de las explotaciones familiares decretando la nulidad de todos los actos que se opongan a ella, o apoyar decididamente una aplica-

(3) ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio "mortis causa"*, Sevilla, 1951, pág. 339, señala que este artículo, tan en poco tenido por la doctrina..., podría haber servido para encauzar debidamente o completado toda la balumba de normas dispersas que ofrecen, como "dernier cri" del Derecho tuttivo, las ya añejas novedades del patrimonio o el hogar familiares, la continuación en los arrendamientos y tantas otras, cuyo rasgo común es la indivisibilidad "mortis causa" de ciertos bienes o elementos patrimoniales.

ción extensiva del precepto que estudiamos. Y de estos dos caminos el más sencillo y eficaz es el segundo.

Desde el punto de vista familiar, el párrafo segundo del artículo 1.056 atribuye al ascendiente una especie de magistratura doméstica que le permite confiar su patrimonio a aquel de sus descendientes más apto para cultivarlo y acrecentarlo (DE DIEGO). Evidentemente, por este procedimiento el testador encuentra fortalecida su autoridad doméstica en cuanto que por propia voluntad puede apartar a cualquiera de sus hijos de la explotación agrícola, y por otra parte puede, ponderadas las circunstancias que concurren en sus descendientes, adjudicarla a aquel más capacitado para su explotación y desarrollo, lo cual resulta beneficioso no sólo para la familia, sino también para la sociedad entera.

Y desde el punto de vista estrictamente jurídico, las dificultades que lleva en sí toda partición se encuentran aminoradas por el juego de la divisibilidad del dinero en el que pueden pagarse las legítimas, que hace que desaparezcan todos los problemas que plantea la existencia de cosas esencialmente indivisibles, que incluso podrían obligar a una venta en pública subasta de las mismas, con toda la complicación práctica que ello supone. Igualmente, la facultad del párrafo segundo del artículo 1.056 implica un sistema que, como dice ROYO MARTÍNEZ (5), lleva en sí, si se le conjuga bien con la mejora y el tercio libre, amplísimas posibilidades de renovación del régimen sucesorio, sin llegar a caer en la preterición de los descendientes no favorecidos de modo especial. En el mismo sentido se pronuncia PUIG PEÑA (6). Y en fin, este artículo establece un puente de unión entre el rígido sistema legi-

(4) CASTÁN relaciona este artículo con la institución alemana de la *Anerbenrecht*, institución que KIPP en su *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1951, página 410 del vol. II, define como "un conjunto de reglas jurídicas que tienden a evitar, en interés de la conservación de una clase campesina media, que las haciendas rústicas se fraccionen en exceso a consecuencia de divisiones hereditarias, para lo cual se atribuye de alguna manera la hacienda a uno entre varios herederos bajo condiciones de preferencia".

(5) ROYO MARTÍNEZ, ob. cit., pág. 340.

(6) PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil*, Barcelona, 1966, tomo IV, vol. II, página 943, afirma que "este interesante precepto del Código, apenas tratado por la doctrina, es de gran trascendencia y hubiera producido un resultado espléndido si hubiera sido traído a la práctica con una amplia y generosa interpretación, produciendo con ella una magnífica renovación de nuestra técnica sucesoria".

timario del derecho común y el flexible de las legislaciones forales que tan amplia libertad de pactos conceden.

Pues bien; de toda la amplia problemática que el párrafo segundo del artículo 1.056 plantea, únicamente nos vamos a ocupar a lo largo de este trabajo del problema relativo a la protección hipotecaria de estos legitimarios y, sobre todo, si pueden ser aplicables a ellos las disposiciones contenidas en el artículo 15 de la Ley; para lo cual será necesario estudiar el ámbito de aplicación de este artículo, así como su contenido y los requisitos exigidos por él para que las legítimas puedan ser objeto de su protección.

AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 15 DE LA LEY HIPOTECARIA

La aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria a las legislaciones forales no ha sido puesta en duda por ningún sector de la doctrina, pero sí ha sido discutida su aplicación a los territorios de derecho común.

La Exposición de Motivos de la Ley de 1944 da pie a todas las suspicacias al afirmar que "El difícil problema que las legítimas plantean en algunas legislaciones forales, cuando se autoriza su pago en bienes no inmuebles ha sido examinado con escrupuloso detenimiento." Y así, un amplio sector de la doctrina, fijándose principalmente en esta declaración, ha afirmado que el artículo 15 de la Ley se refería exclusivamente a los territorios forales.

Las posiciones doctrinales en lo que a esta materia se refiere, pueden sistematizarse en los tres grupos siguientes:

- 1) Los que niegan expresamente que este precepto tenga aplicación fuera de los territorios del derecho foral.
- 2) Los que planteándose el problema de su aplicación al derecho común admiten una solución positiva.
- 3) Los que no se plantean el problema de su aplicación al derecho común, pero aceptan la doctrina positiva basándose en el hecho incontestable de estar incluido dentro de una ley de aplicación general.

.Dentro del primer grupo se encuentran, principalmente, GONZÁLEZ PALOMINO y SANZ.

GONZÁLEZ PALOMINO (7), refiriéndose a la declaración de la Exposición de Motivos, expresa que ésta “no da mayor trascendencia al artículo 15 que la de ser una norma relativa al derecho foral de tales o cuales regiones, por no decir nominativamente Cataluña y tal vez (8) Mallorca”, y más adelante, en el mismo trabajo, tras señalar lo que él denomina axiomas del derecho sucesorio castellano, entre los que indica que los legitimarios son cuotistas de la herencia y, por consiguiente, cotitulares de la comunidad hereditaria; y que el valor de la legítima se fija en la partición y en ella se determinará su contenido concreto, y precisamente con bienes de la herencia, que es lo que se parte y reparte, concluye con la lapidaria exclamación: “Considera —alma cristiana— el papel que le toca representar en Castilla al nuevo artículo 15.”

ANGEL SANZ (9), por su parte, señala que “el artículo 15, referente a las legítimas, fue establecido en el Proyecto de Reforma con referencia exclusiva al derecho foral. Con razón se hizo notar en alguna enmienda presentada en las Cortes que no podía ser aplicado más que en Cataluña. La Ley aparece redactada en forma absurda, yuxtaponiendo dos hipótesis, una de las cuales no puede darse fácilmente. Son estas hipótesis: 1.^a Legitimario del derecho catalán. 2.^a Legitimarios de parte alicuota que no puedan promover el juicio de testamentaria por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles. La primera hipótesis es clara. Ignoro si en la segunda se ha querido hacer referencia a algún otro derecho foral o también al común. En cuanto a éste conviene adelantar que cualquiera que haya sido el propósito del legislador, no puede tener aplicación el artículo 15, que sienta una afirmación que no vaciló en calificar de inadmisibles si se refiere al derecho sucesorio del Código Civil: ¿Cuándo hay un legitimario que no sea de parte alicuota? ¿Cuándo hay un legitimario de parte alicuota que no pueda promover el juicio

(7) GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios jurídicos de arte menor*, “Anales de la Academia Matritense de Notariado”, II, págs. 543 y ss.

(8) Las comillas son de GONZÁLEZ PALOMINO.

(9) SANZ, *La reforma de la Ley Hipotecaria*, “Revista de Derecho Privado”, 1945, pág. 6, nota 6.^a Doctrina semejante mantiene en *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945.

de testamentaria a causa de hallarse el heredero autorizado para pagar las legítimas en metálico?

Estas dos últimas preguntas formuladas por SANZ son, sin duda, de gran importancia y a ellas trataremos de contestar a lo largo de este trabajo.

Dentro del segundo grupo doctrinal, es decir, de aquel que planteándose la aplicabilidad del derecho común del artículo 15 de la Ley llegan a conclusiones afirmativas, podemos incluir, entre otras, las posiciones de DÁVILA (10), GARCÍA RODRÍGUEZ (11) y, sobre todo, de ROCA SASTRE (12).

La postura de ROCA SASTRE puede resumirse en los siguientes puntos: el artículo 15 no es aplicable a todo tipo de legitimarios vigentes en España, sino tan sólo a un tipo determinado, consistente en el que reúna estas dos circunstancias: que la legítima sea de cuota y que el heredero se haya autorizado a satisfacerla bien en efectivo, bien en bienes no inmuebles. Esto sólo tiene lugar en el legitimario del derecho catalán y dentro del derecho común en los casos excepcionales previstos en el párrafo segundo del artículo 1.056 y en el párrafo segundo del 840, ambos del Código Civil, pues en ellos pueden cumplirse todos los requisitos que el artículo 15 de la Ley exige (13).

Una postura llena de dudas, pero inclinada a la afirmativa —por ello la hemos incluido en este lugar—, es la sostenida por LA RICA (14) y PELAYO HORE (15). El primero de ellos estima que “no es fácil precisar en la legislación común quiénes pueden ser legitimarios, a no ser que la Ley se refiera al supuesto excepcional del párrafo segundo del artículo 1.056, en el caso de que el testador haya nombrado contador partidor y prohibido la intervención judicial en la testamentaria, o al del párrafo segundo del artícu-

(10) DÁVILA, *Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad*, en esta REVISTA, 1945, pág. 649.

(11) GARCÍA RODRÍGUEZ, *La aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria al Derecho común como solución antiminfundista*, en esta REVISTA, 1963, página 545.

(12) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1954, págs. 661 y ss.

(13) En la última edición de su *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1968, no modifica esta opinión.

(14) LA RICA, *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, página 173.

(15) PELAYO HORE, *Recensión a la obra de Cossío Corral, “R. G. L. J.”*, 1946, página 489.

lo 840 del mismo Código referente a la cuota que los hijos legítimos han de satisfacer a los naturales”.

PELAYO HORE, por su parte, afirma que “en un principio se pensó solamente en los legitimarios catalanes, pero más tarde surgió el problema de los legitimarios aragoneses y navarros y de alguna otra región donde las legítimas no tienen más que un carácter simbólico y no son parte alicuota de la herencia..., pero quizá al intentar ampliar el sistema a toda esta gama de legitimarios se ha ido demasiado lejos y se ha llegado al Código Civil, donde la posición de los legitimarios tiene otras características”.

En el tercer grupo pueden incluirse el resto de los autores que sin tratar el tema especialmente consideran aceptable la admisión de este precepto en el derecho común, por el sólo hecho de estar incluido dentro de la Ley Hipotecaria.

De todo lo que llevamos expuesto se deduce que los problemas de aplicabilidad del artículo 15 al derecho de Castilla están muy lejos de haber sido resueltos completamente y que, por tanto, proceda plantearlos una vez más en base a los requisitos exigidos por la propia letra de la Ley.

CONTENIDO DEL ARTICULO 15

El artículo 15 de la Ley afirma: “Los derechos del legitimario de parte alicuota que no pueda promover el juicio de testamentaria por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como los de los legitimarios sujetos a la legislación especial catalana, se mencionarán en la inscripción de los bienes hereditarios.”

De este artículo resultan dos requisitos para que puedan tener lugar las menciones de legítima (16) dentro del derecho común:

1. Que se trate de legitimarios de parte alicuota.
2. Que se trate de legitimarios que no puedan promover el juicio de testamentaria por hallarse el heredero autorizado a pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles.

Examinemos por separado cada uno de estos requisitos.

(16) Realmente no se trata de las clásicas menciones de derechos a que se refiere el artículo 29, pues aunque la Ley las denomine así, se trata de una afección de las fincas que afecta a todo tercer adquirente.

LEGITIMARIO DE PARTE ALICUOTA

ROCA SASTRE afirma que cuando el artículo 15 habla de legitimarios de parte alicuota, en realidad lo que quiere afirmar es que se trata de legitimarios de cuota, o sea el derecho a percibir una cuota o parte de valor hereditario. Quedan excluidos —continúa diciendo— aquellos legitimarios consistentes en bienes específicos: alimentos; cinco sueldos y una robada en los montes comunes, etc. (17).

A primera vista de esta afirmación parece deducirse que son dos cosas distintas, y en algún punto contrapuestas, la legítima de cuota y la legítima de parte alicuota, y quizá se pretenda insinuar que la primera es aquella que se concreta en una cuota de valor de los bienes hereditarios, mientras que la segunda es aquella que debe abonarse "in natura", es decir, con los propios bienes hereditarios. Sin embargo, esta distinción no parece demasiado clara.

Desde el punto de vista semántico la diferencia entre ambas expresiones no se encuentra en la naturaleza de los bienes que constituyen el todo a que hacen referencia, sino simplemente en la idea de que cuota es una porción fija o proporcional de un todo que puede dividirlo exactamente, o no, mientras que parte alicuota es aquella cuota que mide exactamente a su todo. Parte alicuota se contrapone a parte alicuanta, pero no a cuota, porque la expresión parte alicuota añade a la palabra cuota únicamente el aspecto de división exacta del todo, pero nada añade en orden al contenido (18).

Desde el punto de vista jurídico tampoco puede hallarse base alguna para sostener la diferencia; es más, aún podrían citarse

(17) Roca, ob. cit., tomo II, pág. 667, nota 2.^a En otro lugar, *Naturaleza jurídica de la legítima*, "Revista de Derecho Privado", 1944, pág. 198, hablando de la teoría del legítimo condómino o copropietario, afirma que "esta teoría sostiene que la legítima atribuye una cuota de bienes, o sea, una parte alicuota de la herencia". Es decir, aquí utiliza ambos términos como sinónimos.

(18) Incluso pudiera sostenerse que, en ambos supuestos, por ser partes de un único todo, el contenido de ese todo deberá determinar la naturaleza de las partes y, por tanto, que en ambos casos habrían de ser pagadas las legítimas "in natura". De todas formas, conviene indicar que la distinción, si alguna existe, desvirtúa su importancia en los supuestos de legado de parte alicuota y de cuota por las consecuencias que la distinción podría tener en orden a la institución de heredero.

argumentos para mantener la identificación (19), pues si se pretende invocar la expresión parte alicuota para indicar con ella que el legitimario debe ser pagado *in natura* con bienes hereditarios, ello no será realidad en un buen número de casos, pues aparte de los supuestos contemplados en el párrafo segundo del artículo 1.056 y en el también párrafo segundo del artículo 840 del Código Civil, habrá que incluir todos aquellos en los que la legítima se ha satisfecho por donaciones *inter vivos*; supuestos que autoriza el artículo 815 al permitir que el legitimario pueda recibir su legítima por cualquier título.

Por todo ello entendemos que deben aceptarse como sinónimos los conceptos expresados, al menos en el sentido de no poder hallar en ellos ningún fundamento para determinar la naturaleza real en la que tanto una como otra porción deban ser satisfechas y, por tanto, que pueden aceptarse como hipótesis de trabajo estas dos conclusiones:

a) La legítima desde el punto de vista aritmético es una parte alicuota de la herencia (divide exactamente a su todo).

b) Desde el punto de vista de su contenido, la cuota en que consiste la legítima normalmente se paga en bienes de la herencia, pero excepcionalmente puede pagarse en bienes hereditarios.

Entendidos en este sentido los conceptos de cuota y parte alicuota se llega, como consecuencia, a la afirmación de que los legitimarios, en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.056, son legitimarios de parte alicuota cuya cuota puede ser pagada con bienes no hereditarios, resultando, por tanto, cumplido el primer requisito del artículo 15 de la Ley Hipotecaria para que pueda darse la protección contenida en sus normas.

(19) VALLET, *La imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, "R. D. P.", 1948, pág. 317, expresa: "Nos parece artificioso extender la distinción entre cuota y parte alicuota más allá del derecho de acrecer. Ni terminológicamente, ni históricamente, ni en el campo de nuestro Derecho positivo, podemos aceptar esta distinción fuera del indicado radio del acrecimiento. Terminológicamente, cuota es definida por el Diccionario de la Real Academia como parte o porción de alguna cosa o alguna cantidad, y parte alicuota, calificación de las partes que están contenidas en el todo un número exacto de veces o que dividen exactamente al todo", y más adelante añade: "La cuota puede ser parte alicuota o puede no serlo. No lo es el treinta por ciento u otra división inexacta. Esta diferencia aritmética es la única que gramaticalmente separa ambos conceptos". GONZÁLEZ PALOMINO, *El acrecimiento en la mejora*, "A. A. M. N.", II, págs. 529 y ss., se ocupa también de esta cuestión, aunque con conclusiones distintas.

LEGITIMARIO QUE NO PUEDA PROMOVER EL JUICIO DE TESTAMENTARIA

El segundo de los requisitos exigidos por el artículo 15 de la Ley Hipotecaria es que el legitimario "no pueda promover el juicio de testamentaria por hallarse el heredero autorizado para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles".

Existe en este párrafo una prohibición, el que no pueda promoverse el juicio de testamentaria, y una motivación para ella, hallarse el heredero autorizado a pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles; importa destacar entonces cuál de los dos extremos es lo verdaderamente importante: ¿La prohibición o el motivo de ella?

ROCA SASTRE (20) entiende que aunque el artículo 15 hable del legitimario que no pueda promover el juicio de testamentaria, esto más que un requisito es una consecuencia que este precepto presupone como derivación de la circunstancia de que el heredero se halla facultado para pagar la legítima en dinero o en bienes no inmuebles (21).

Naturalmente esta postura de ROCA SASTRE no resuelve el problema, se limita a enumerarlo, pero sin poner en él una atención científica que pretenda superar las dificultades del precepto, y aunque obedezca a un deseo claro de superar la posible redacción equivocada de la norma deja subsistente toda la problemática que la misma plantea. Personalmente estimamos que tanto la prohibición como su motivación están incluido en el artículo con idéntico rango y valor y, en su consecuencia, creemos que es forzar exce-

(20) ROCA SASTRE, ob. cit., pág. 667, nota 3.

(21) GARCÍA RODRÍGUEZ, *La aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria al Derecho común como solución antimitijundista*, en esta REVISTA, 1963, página 545, abunda en esta misma opinión, señalando que "la autorizada opinión de Roca se inclina por entender aplicable el artículo 15 a las situaciones dimanadas del 1.056. Las referencias al legitimario que no pueda promover el juicio de testamentaria, lo cual podría desautorizar esta opinión —dado que el legitimario del Código Civil, aun bajo la norma del 1.056, puede promover el juicio de testamentaria—, debe ser entendida no como un requisito, dice razonablemente Roca Sastre, sino como una consecuencia normal en Cataluña. Así los requisitos normativos sólo son dos: que el legitimario sea de parte alicuota, y que el heredero se halle autorizado para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles. Ambos presupuestos encajan perfectamente en el artículo 1.056".

sivamente el tenor literal de la norma, afirmar que la prohibición contenida en ella no es más que una consecuencia sin mayor trascendencia ni importancia. Lo acertado es buscar una interpretación que armonice prohibición y motivación, sin supeditar la una a la otra, y reconociendo a cada una de ellas la importancia y consideración que la misma ley les atribuye. Pero realizar una interpretación que reúna estas características exige previamente exponer algunas ideas en torno al expediente judicial de testamentaria—sobre todo en lo que respecta a las personas que pueden promoverlo, la finalidad del mismo y las situaciones en las que excepcionalmente este juicio no puede tener lugar—, así como las distintas situaciones que los legitimarios pueden ostentar con relación al mismo como consecuencia de los actos divisorios del caudal hereditario verificados por el *de cuius*.

Empecemos, pues, nuestro estudio por el juicio de testamentaria.

EL JUICIO DE TESTAMENTARIA

El artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina quiénes pueden promover el juicio de testamentaria, y así dice que pueden hacerlo:

1. Cualquiera de los herederos testamentarios.
2. Cualquiera de los legatarios de parte alicuota del caudal.
3. El cónyuge que sobreviva.
4. Cualquier acreedor siempre que presente un título escrito que justifique cumplidamente el crédito.

A la vista del contenido de este artículo parece deducirse que todo legitimario puede promover el procedimiento de división hereditaria y que el problema de la naturaleza de su legítima no parece tener demasiada trascendencia a estos efectos, porque o bien su legítima le convierte en un cotitular del patrimonio hereditario y entonces podría acudir al juicio de testamentaria, como todo heredero, basándose en el número 1.º del citado artículo, o bien le convierte en un mero acreedor de una cuota de valor de la

herencia, y entonces igualmente podría acudir al juicio de testamentaria, amparándose esta vez en el número 3.º del mismo.

El camino parece estar cerrado y la conclusión que ha de seguirse es que, efectivamente, el legitimario en el derecho común siempre puede acudir al expediente judicial divisorio y, por tanto, el artículo 15 de la Ley Hipotecaria carece de sentido en el derecho de Castilla (22); pero en derecho existen siempre posibilidades para toda clase de doctrinas, lo único que es preciso es realizar un estudio detenido de los textos legales y tratar de encontrar en ellos nuevos matices e interpretaciones. Así, buscando en los textos y en la doctrina nos encontramos con dos hipótesis en las cuales no procede instrumentar el juicio de testamentaria. Estas hipótesis son las dos siguientes:

1. Que el testador haya prohibido expresamente a sus herederos el recurrir a la intervención judicial (art. 1.039 de la Ley Procesal).

2. Que ya esté verificada la partición, pues entonces carecería de finalidad la intervención judicial para dividir el caudal hereditario.

La primera de estas soluciones carece realmente de consistencia, puesto que el mismo artículo 1.039 la desbarata completamente al señalar que la limitación en él indicada está reservada exclusivamente a los herederos voluntarios. Los forzosos, y por tanto los legitimarios, siempre tendrán abierta la posibilidad de requerir la intervención judicial, aun contra la prohibición del testador.

En cambio, la segunda tiene mayor consistencia y es la que sirve de fundamento a toda nuestra tesis.

(22) La cuestión en las legislaciones forales es esencialmente distinta. En Cataluña la doctrina entendió siempre la improcedencia del juicio de testamentaria, estimando que lo procedente era que el legitimario defendiera sus derechos en el juicio declarativo. Hoy esta doctrina está recogida en la Compilación, cuyo artículo 140, en su último párrafo, señala que el derecho a la legítima no autoriza a promover el juicio de testamentaria. En Aragón, donde la legítima está determinada en una cantidad que el ascendiente ha de repartir entre los descendientes, pero sin que deba respetar ninguna igualdad ni proporcionalidad entre ellos (art. 30 de la Compilación), tampoco se admite el juicio de testamentaria para reclamar la legítima. Así lo reconocen las sentencias de 30 de noviembre de 1900 y 30 de junio de 1905. En Navarra no existen limitaciones legitimarias a la libertad de testar y por ende tampoco puede el legitimario promover el juicio de testamentaria; así lo reconoce la sentencia ya citada de

MANUEL DE LA PLAZA (23), en este orden de ideas, afirma textualmente que "en el caso de haberse llevado a cabo la partición extrajudicialmente, este hecho impide suscitar el proceso (se refiere al de testamentaria), sin perjuicio de que los interesados promuevan la defensa de sus derechos en el juicio correspondiente". Efectivamente, dada la especial naturaleza del juicio de testamentaria, que según la general doctrina procesalista española se le considera como un proceso liquidador en el que se pretende únicamente realizar la división de un caudal hereditario, entre los que tienen derecho a él, no parece justificada su promoción en el supuesto de que esta división esté ya verificada.

Desde luego, sin entrar en el estudio de todas las cuestiones que plantea el juicio de testamentaria, sobre todo la relativa a su naturaleza jurídica, es decir, si debe ser considerado dentro de los actos de jurisdicción voluntaria o en los de jurisdicción contenciosa (24), conviene destacar aquí únicamente que el de testamentaria es un juicio en el que pretende la división de un "as" hereditario, pero que todos los problemas que en él puedan suscitarse relativas a los derechos de los interesados en la herencia, así en orden a su cuantía, como en lo relativo a su cualidad de herederos y a la interpretación de las disposiciones testamentarias, deberán decidirse en el juicio ordinario que corresponda.

En su consecuencia, si la partición ha sido ya efectuada y si el

30 de junio de 1905. En Vizcaya rige un sistema de legítima colectiva (art. 23 de la Compilación) semejante al señalado para Aragón y por ello entendemos que tampoco en esta región procede el juicio divisorio. En Mallorca y Menorca el párrafo 2.º del artículo 46 de la Compilación reconoce expresamente la posibilidad de que los legitimarios promuevan el juicio de testamentaria. En Ibiza, Formentera y en Galicia no existe ninguna especialidad en esta materia, rigiendo, por tanto, como supletorias las normas del Código Civil.

(23) M. DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, Madrid, 1951, vol. II, página 494.

(24) La cuestión de la naturaleza jurídica de este juicio no es pacífica entre los autores, pues sus características hacen que pueda ser incluido fácilmente dentro de los actos de jurisdicción contenciosa o entre los de jurisdicción voluntaria, pues si bien, por una parte, está incluido en la Ley de Enjuiciamiento Civil dentro de los de jurisdicción contenciosa, el hecho de que en la mayor parte de las ocasiones se inicie voluntariamente por los interesados y el que en él no se resuelvan las cuestiones verdaderamente contenciosas hace que también se le pueda incluir entre los actos de jurisdicción voluntaria. Hoy día los procesalistas tienden a considerarlo dentro de la jurisdicción contenciosa. Cfr. DE LA PLAZA, ob. cit., vol. II, pág. 475, y GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1961, volumen II, pág. 1.174. LACRUZ, SANCHEZ REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1961, pág. 475, opinan por el contrario que se trata de un proceso de jurisdicción voluntaria.

caudal hereditario ha sido repartido entre los herederos, carece de finalidad el juicio de testamentaria y el único camino que queda abierto a los herederos no conformes con la división efectuada es la impugnación de la partición en el juicio declarativo. Pues bien; la posibilidad de armonizar el artículo 15 de la Ley Hipotecaria con las disposiciones civiles y procesales está precisamente en esta idea. Si todo legitimario puede promover el juicio de testamentaria, ya como heredero, ya como acreedor de un valor de la herencia y si la única excepción a esta legitimación activa es que la partición esté efectuada, es preciso buscar dentro de las normas del Derecho Civil un supuesto en el que, por una parte, existan unos legitimarios que deban ser pagados en dinero o en bienes no inmuebles, y por otra, que este pago en efectivo suponga una partición efectuada. Y este supuesto lo encontramos claramente en el párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil.

Que el párrafo segundo del artículo 1.056 es un supuesto participacional, es un principio que se deduce del contenido de la propia norma, cuando expresa que “el padre que en interés de la familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá *usar de la facultad concedida en este artículo*”. Y esta facultad, como dice PUIG BRUTAU (25), es la de hacer la partición. Así lo ha reconocido unánimemente toda la doctrina.

MANRESA (26), en este sentido, señala que “en el artículo 1.056 del Código la partición la realiza el testador y él determinará la forma de pago (se sobreentiende de las legítimas)”. Y del mismo modo se pronuncian MUCIUS SCAEVOLA y SÁNCHEZ ROMÁN, entre la que podemos denominar doctrina clásica. Entre los modernos, ORTEGA PARDO (27) afirma que “el artículo 1.056 atribuye al testador la facultad de hacer la partición de su patrimonio entre sus herederos forzosos, asignándoles una cantidad —con tal que no sea menos que la Ley les confiere— de bienes determinados en los que habrán de suceder”, y en el mismo trabajo, unas páginas antes (28) “sorprende un poco el apartado segundo del artículo 1.056 del

(25) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1968, tomo V, volumen 3, pág. 524.

(26) MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1924, t. VII, pág. 698.

(27) ORTEGA PARDO, *Naturaleza jurídica del legado en pago de legítima*, Madrid, 1945, pág. 151.

(28) ORTEGA PARDO, ob. cit., pág. 145.

Código Civil, como dice SCAEVOLA está demás. Si en un principio se permite a todo testador realizar la división entre sus herederos de la manera que le plazca con sólo la limitación cuantitativa, es absurdo que en el párrafo segundo se vuelva a atribuir esta facultad al padre para un caso concreto”.

Del mismo modo se pronuncia GONZÁLEZ PALOMINO (29) cuando afirma: “El segundo de los preceptos engañosos es el párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil, que es una norma de partición. El padre ha de actuar no sólo testando, sino partiendo. Aunque no haya hecho sino la lisa y llana disposición de esa cláusula en su testamento, esa cláusula es de naturaleza y contenido particional y nada menos que con dos adjudicaciones: una al beneficiario de la explotación en pago de sus haberes (legítima, mejora, parte libre); otra en pago de los haberes de los demás legitimarios.”

También se manifiesta de manera semejante CASTÁN (30), quien afirma que nos encontramos aquí como una simple aplicación particular de la facultad, que para hacer la partición tiene el causante, VATTEL (31), y en definitiva la generalidad de la doctrina.

La conclusión que se sigue de todo lo que llevamos expuesto es que si de la propia Ley y de su interpretación doctrinal se admite unánimemente que el párrafo segundo del artículo 1.056 entraña no sólo un acto dispositivo sobre la explotación, sino también una verdadera partición, no cabe duda que el legitimario instituido en esta forma no podrá acudir al juicio de testamentaria para pedir la división de la herencia, porque esta división ya está efectuada por el propio *de cuius*.

Ahora bien; el juicio de testamentaria tiene dos finalidades distintas: una conocer el activo hereditario, deducir el pasivo y saber exactamente a cuánto asciende el haber partible; y otra dividir ese caudal entre los que tienen derecho al mismo. Desde luego, ya no es necesario el juicio de testamentaria para dividir el caudal, pues esto ya está efectuado, pero ¿será necesario para conocer a cuánto asciende el haber partible?

(29) GONZÁLEZ PALOMINO, ob. cit., pág. 543.

(30) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1960, tomo VI, vol. 1, pág. 271.

(31) VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1968, página 217.

ANGEL SANZ (32) afirma que, "aunque el testador disponga que se paguen en metálico las legítimas en el supuesto del artículo 1.056, párrafo segundo, el legitimario puede promover el juicio de testamentaria para obtener el avalúo de la explotación, como lo puede hacer igualmente en todo caso conforme al artículo 1.039 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, creemos que tampoco para esta finalidad meramente estimativa es procedente el juicio de testamentaria, porque aún este supuesto, si algún legitimario no estuviera conforme con la cantidad asignada para el pago de su derecho, el único camino abierto para impugnar esa asignación insuficiente es la impugnación de la partición, como iremos viendo a lo largo de nuestro estudio.

De todas formas, para aclarar totalmente estas cuestiones y para sentar unas primeras bases en que apoyar nuestras conclusiones, es preciso exponer algunas ideas en torno a la división de la herencia efectuada por el causante de la misma.

LA DIVISION TESTAMENTARIA

Como afirma MESINEO (33), "una particularidad de la división hecha por el testador es que no presupone una preexistente comunidad hereditaria ni es correlativa a la disolución de una tal comunidad. Esto porque esa división, remontándose necesariamente al momento en que el testamento adquiere eficacia —aunque materialmente se realice a distancia de tiempo—, coincide con la apertura de la sucesión, y por eso una comunidad hereditaria no tiene posibilidad de constituirse". Lo que quiere expresar MESINEO en este párrafo transcrito es que si el "as" hereditario estuvo siempre dividido y adjudicado a personas concretas por propia voluntad del testador, y desde su muerte nunca ha podido producirse el supuesto de cotitularidad entre los interesados en la sucesión, y por ende nunca ha podido existir tampoco el supuesto de comunidad hereditaria.

(32) SANZ FERNÁNDEZ, ob. y loc. cit.

(33) MESINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, ed. española, Buenos Aires, 1956, vol. VII, pág. 398.

Esta afirmación de MESINEO, que es, por otra parte, compartida por casi la doctrina italiana (34), es igualmente aplicable al derecho español (35), donde el artículo 1.056 contiene una doctrina semejante a la del artículo 734 del *Codice Civile*, que es el que motiva la afirmación de MESINEO. En ambos casos se trata de una división hereditaria hecha por el causante, sin que importe a nuestro trabajo sus posibles límites, ni sus efectos, ni el ámbito en el que pueda desarrollarse, y si únicamente que esta división hereditaria excluye, como hemos visto, el supuesto de comunidad hereditaria. El testador, al adjudicar bienes concretos a cada uno de los herederos, impide que se forme el acervo común y la única relación que existe entre los mismos es la del común origen de los bienes que han de adquirir (36). Todos provienen de un solo causante, como los frutos provienen de un solo árbol, todos pertenecieron a una sola persona; pero determinado su destino desde

(34) LOSANA, citado por MANRESA, ob. cit., pág. 691, afirma que esta división es un derecho excepcional que constituye una paradoja jurídica, porque división sin una preexistente comunidad de bienes equivale a un hijo sin madre. Por el contrario, CICU, *Derecho de sucesiones*, ed. española, R. C. Español en Bolonia, 1964, pág. 831, afirma, por el contrario, que la doctrina se ha fatigado en crear o fingir una comunidad creyendo que sin ella no puede haber división", y continúa afirmando: "Realiza división el propietario de un fundo que lo divide materialmente en dos partes: ésta no es todavía una división jurídica, pero llega a serlo si enajena las dos partes a personas distintas", y más adelante: "La idea de cuota presupone la idea de un todo".

(35) Sin embargo, la doctrina española se ha mostrado reacia a aceptar este principio. Así, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 3.º, página 1988, Madrid, 1910, señala que "a nombre de un criterio técnico quizá exagerado, se califica de paradoja jurídica esta autopartición del testador, porque se echa de menos el precedente de un estado anterior de comunidad de bienes que la herencia yacente produce entre partícipes desde la muerte del testador hasta que se ultima la división. El escrúpulo no parece estimable, ni aun por motivos técnico-jurídicos, puesto que ese periodo de duración efectiva, más o menos largo según los casos, es más ideal que real, y al fin desaparece en todos ellos por el efecto capital, también jurídico, de retroactividad que produce la aceptación de la herencia, siempre referido al momento mismo de la muerte del testador". COVÍAN, *Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. XXIV, pág. 359, "La partición", afirma que "hay escritores que niegan a esta forma la naturaleza de la institución de que tratamos y alegan que división, sin una preexistente comunidad de bienes, equivale a un hijo sin madre: invocan los precedentes romanos y los Códigos de Bélgica, Francia e Italia, que autorizan sólo la partición hecha por el ascendiente, como derecho excepcional. Ciertamente cuando se hace esta partición no hay comunidad porque todos los bienes pertenecen a una sola persona; pero indudablemente sí la indivisión respecto a los que han de suceder al causante". Entre los autores modernos, LACRUZ y SANCHEO REBULLIDA, ob. cit., pág. 482, aceptan la postura de MESINEO al reconocer que la partición hecha por el testador no pone fin a la comunidad hereditaria, sino que la evita.

(36) Vid. MESINEO, loc. y ob. cit.

antes de su muerte, al ocurrir ésta se disgregan instantáneamente adjudicándose a cada uno de los destinatarios, sin pasar por esa fase intermedia en la que los bienes, provisionalmente sin adjudicar, pertenecen *pro indiviso* a todos los herederos. Es decir, que hasta el fallecimiento del causante pertenecían todos exclusivamente a él y después de su muerte pasan a pertenecer individualmente a cada uno de los herederos, según las adjudicaciones que el mismo ha dejado establecidas con anterioridad a esa fecha.

Las consecuencias que esta afirmación produce dentro del orden de ideas que estamos desarrollando, pueden resumirse de la siguiente forma:

1. La división hecha por el causante excluye el supuesto de indivisión y cotitularidad de los bienes hereditarios con toda la secuela que ello lleva consigo respecto de las facultades de los herederos en relación al goce de los bienes y a la disposición de los mismos.

2. Se verifica en un solo acto la determinación de las cuotas abstractas de los herederos y la adjudicación de bienes concretos para su pago.

3. No parece muy apropiado el expediente judicial de testamentaria, puesto que eliminada la comunidad hereditaria de una parte, y de otra asignados bienes concretos a cada uno de los interesados en la sucesión, no se ve claro cuál puede ser su objeto, pues si el caudal hereditario está dividido y además está también distribuido, quedan realizadas las dos finalidades que se atribuyen al mencionado juicio: inventariar los bienes hereditarios y adjudicarlos a los interesados en la sucesión.

Pero el testador puede verificar la división de sus bienes de alguna de estas tres formas amparadas en los artículos 1.056 y 1.057 del Código Civil: bien, verificar él mismo íntegramente toda la partición, es decir, determinar que su voluntad es conservar indivisa la explotación en que sus bienes consisten y valorando al mismo tiempo las legítimas de los demás hijos, adjudicarles una cantidad de dinero concreta para su pago; bien, expresar que no se divida la explotación, adjudicándola a uno de sus hijos, y al mismo tiempo, haciendo uso de las facultades concedidas en el artículo 1.057, nombrar a uno o varios contadores partidores para

que valoren las legítimas de los demás; o bien, limitarse únicamente a expresar su voluntad de que la explotación familiar no se divida y no hacer ninguna disposición en orden a la cuantía de los derechos de los demás legitimarios, excepto que éstos deben abonarse en dinero (37). Examinemos cada uno de estos supuestos separadamente en orden, sobre todo, a los efectos que ellos pueden producir con relación al juicio de testamentaria.

PARTICION VERIFICADA INTEGRAMENTE POR EL CAUSANTE

Nos encontramos aquí con un supuesto en el que la partición ha sido verificada íntegra y unilateralmente por el causante. En ella, el causante, como titular del patrimonio y conociendo exactamente su valor y la conveniencia de que determinada explotación existente en el mismo no se fraccione, toda vez que su fraccionamiento podría destruirla económicamente, la adjudica a uno solo de sus herederos, limitándose a asignar a los demás una cantidad en metálico.

Las dos fases que pueden distinguirse en la partición (38): determinación de cuotas abstractas y adjudicación concreta de bienes para el pago de las mismas, están verificadas por el causante. Particionalmente hablando, ya no resta nada por hacer, a excepción de la operación, meramente contable, de efectuar el pago material de las legítimas. Si hay dinero en la herencia, con este dinero deberá efectuarse el pago (39). Pero entiéndase bien, no se

(37) En todos los supuestos para que la explotación no se divida es necesario que el testador haya manifestado clara y precisa su voluntad de conservarla indivisa. Así lo ha establecido la sentencia de 14 de marzo de 1901.

(38) Por todo lo indicado anteriormente resulta problemático hablar de partición cuando ésta ha sido verificada por el causante, pero para seguir la terminología habitual lo hacemos así.

(39) MANRESA, loc. y ob. cit., señala que "el artículo 1.056 no dice expresamente que el hijo a quien se le adjudique la explotación haya de pagar de su peculio propio en metálico a los demás hijos su legítima; sólo faculta al testador para disponer que se satisfaga en esa forma tal porción. Si hay en la herencia metálico para ello, desde luego con él se realizará el pago, pero si no le hay, como será lo más frecuente, el precepto también ha de cumplirse. ¿Cómo? Vendiendo en caso necesario otros objetos para ese fin, o imponiendo, en último término, si no hubiere otro recurso, el mismo hijo favorecido esa obligación". Esta misma posición la sostienen hoy ROCA SASTRE, PORPETA, VALLET, etc. FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, "A. D. C.", vol. I, 1948, página 64, llega a distinguir entre los supuestos en que exista metálico en la

trata propiamente de que el heredero instituido verifique el pago de las legítimas después de haberse apropiado previamente del dinero existente en el «as» hereditario, está a disposición de los legitimarios, los cuales, por su propia autoridad, podrán hacerse cargo de él, toda vez que el heredero instituido solamente en la explotación carece de todo derecho sobre el metálico (40).

En el supuesto de que no exista en la herencia más bienes que la explotación familiar el pago de las legítimas recaería en el heredero, ya se fundamente esta obligación en estimar que en relación el titular de la explotación, y en la parte que exceda de su haber legítimo, existe una adjudicación para pago de deudas (41) (42), o bien entender que se trata de una contraprestación otorgada por vía particional a la imposición al heredero de las deudas a favor del legítimo (43); pero, en todo caso, se trata de unas deudas que pueden configurarse como deudas de la explotación, como cargas que el titular de ésta tiene que satisfacer, sin que se llegue por este camino a considerar a los legitimarios como cotitulares de la misma, pues al hacer el testador la partición de sus bienes ha excluido definitivamente la situación de cotitularidad al excluirlos expresamente de todo derecho sobre la explotación familiar.

Una división hereditaria de esta naturaleza, que, por una parte, excluye la comunidad hereditaria "ab initio" y, por otra, puede

herencia y aquellos en que no exista, afirmando que en el primer supuesto sería aplicable el párrafo 1.º del 1.056 y en el segundo el párrafo 2.º del mismo artículo. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pág. 1.995, en este orden de ideas reconoce que el espíritu de este artículo puede cumplirse aunque se arbitre otra forma de compensación distinta al dinero, si la naturaleza y valor respectivo de los bienes lo permitiera.

(40) Confirman esta doctrina SANZ, PORPETA y GONZÁLEZ PALOMINO. Este último, en su obra ya citada, dice que "en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.056 se da la particularidad de que aunque la herencia se reduzca escuetamente a la explotación munda y lironda, las demás legítimas... se pagan en dinero de la herencia, aunque no haya dinero en la herencia, porque el heredero no está autorizado para el pago, sino obligado a hacerlo".

(41) Vid. SANZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, página 144, nota 12.

(42) Vid. PORPETA, *Naturaleza jurídica de la legítima*, Conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona, recogida en "Estudios de Derecho Sucesorio", página 203.

(43) Una exposición detallada de estas cuestiones puede verse en VALLET, obra cit., págs. 218 y ss., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto "inter vivos"*, "R. D. P.", 1954, páginas 494 y ss.

excluir a los legitimarios del propio "as" hereditario —caso de que las legítimas se abonen en dinero no existente en la herencia—, coloca a los legitimarios en una situación muy especial que puede concretarse en los extremos siguientes:

Los legitimarios han sido titulares de bienes concretos y determinados, tanto en su naturaleza, como en su cuantía, desde antes de abrirse la sucesión.

La defensa de sus derechos ha de verificarse sobre la base de la impugnación de la partición, ya por haber sido preteridos por el causante, bien en su testamento, bien en la partición, o ya porque la cantidad asignada para el pago de sus derechos haya sido insuficiente (44).

El juicio de testamentaria no es, pues, el medio adecuado para defender sus derechos.

Esta teoría en su parte meramente formal y de defensa ha sido aceptada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en la conocida sentencia de 27 de noviembre de 1896, en la cual se afirmó textualmente que "practicada por el difunto padre en su testamento la partición de los bienes, ha debido ejercitarse en el caso de que procediere la acción rescisoria a que se refieren los artículos 1.075 y 1.076 del Código Civil, sin que pueda tener lugar, por tanto, la prevención del mencionado juicio de testamentaria" (45).

(44) ORTEGA PARDO, en su obra *Naturaleza del llamado legado en pago de legítima*, ya citada, pág. 151, afirma que el legítimo a quien se adjudique menos podrá ejercitar la acción de suplemento para completar la legítima y podrá rescindir la partición en los casos en que la ley lo permita (todas las de rescisión de los contratos, y especialmente, en cuanto a la partición se refiere, la lesión en más de la cuarta parte). Sin embargo, en esta materia de rescisión de particiones será preciso tener en cuenta el contenido del artículo 1.075 del Código Civil, y estimar que habiendo sido efectuada la partición por el causante la rescisión sólo puede tener lugar en los supuestos de que perjudique la legítima de los herederos forzosos, o bien de que aparezca o racionalmente se presume que fue otra la voluntad del testador. Cfr. sobre esta materia, ALBALADEJO, *Dos aspectos de la partición de la herencia*, "A. D. C.", 1948, I-III, págs. 922 y ss., y VALLET, ob. cit., págs. 186 y ss. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión en la sentencia de 6 de marzo de 1945, en la que después de haber afirmado que el testador tiene una amplia libertad, no sólo en la disposición cualitativa de los lotes, sino también en la distribución valorativa, señaló como medio normal y único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte. Confirmada por la de 5 de noviembre de 1955.

(45) La sentencia de 29 de noviembre de 1889 no es contraria a esta doctrina, pues sí afirma que los hijos y descendientes legítimos del testador que se consideren perjudicados en una partición realizada por el padre causante pue-

De lo dicho se deduce que existe un estado de derecho creado por voluntad del testador, que es preciso aceptar o impugnar, pero que en ningún caso es susceptible de que sobre él se superponga para invalidarlo un juicio de testamentaria, porque este juicio sólo pretende dividir el caudal hereditario y esto ha sido ya efectuado, y porque la especial naturaleza del mismo impide que dentro de él se puedan resolver cuestiones sustantivas (46).

Si la partición es aceptada por entender el legitimario que la cantidad asignada para el pago de sus derechos guarda la debida proporción con el caudal hereditario no existirá problema: heredero y legitimarios ejercitan sus derechos en completa paz y concordia; pero en el supuesto de que los legitimarios estimen que sus derechos han sido vulnerados, como la naturaleza legal de su posición exige que en todo caso deban ser respetados, podrán oponerse a esta partición, y esta oposición, ya lo hemos visto, debe sustanciarse por medio del juicio declarativo.

De todas formas, conviene indicar que los mayores problemas surgen durante el interregno que media entre la partición efectuada y su impugnación, toda vez que mientras la partición no ha sido legalmente impugnada se estima que está correctamente efectuada, debiendo admitirse, por tanto, como buena —el mismo artículo 1.056 declara que “se pasará por ella”— y en su consecuencia el heredero podrá realizar cualquier acto de enajenación de los bienes que constituyan el patrimonio hereditario, aun antes de ser abonadas las legítimas.

La validez de estas enajenaciones está fuera de toda duda, pues independientemente que se considere a la partición como atributiva o declarativa de derechos, es lo cierto que, una vez efectuada, legítima al heredero como titular de los derechos que en ella se le adjudiquen y le atribuye, al mismo tiempo, todas las facultades inherentes a los mismos. Por ello, adjudicado el dominio de algu-

den acudir al juicio de testamentaria, se trataba aquí de un supuesto en el que la partición no estaba realizada verdaderamente, ya que el causante se había limitado a distribuir los bienes de la herencia, dejando subsistente una situación de indivisión y mancomunidad. Además, la propia sentencia reconocía que dicha distribución no merecía el concepto jurídico de “partición de herencia”.

(46) Entre las numerosísimas sentencias que sostienen esta doctrina podemos citar la de 5 de julio de 1898, que sostiene que cuando existan diferencias entre el alcance y efectos de la institución de herederos hay que acudir al juicio declarativo, y la de 1 de octubre de 1914, que declaró que existiendo contradicción sobre los derechos a una herencia ha de acudirse al juicio declarativo.

nos bienes a un heredero, éste podrá realizar, como todo titular dominical, los actos de enajenación que tenga por conveniente, sin que le sea exigido, en ningún caso, una demostración previa de que la partición ha sido realizada de acuerdo con las normas legales y testamentarias.

Esta doctrina, además de deducirse, ya lo hemos visto, del artículo 1.056, ha sido reconocida expresamente por la resolución de 16 de noviembre de 1922, que declaró: "que ni el artículo 1.056 y menos el artículo 1.075 del Código Civil exigen una demostración *a priori* de que la partición hecha perjudica a los herederos legítimos, sino que, en primer lugar, ordena que se pase por ella, reservando las acciones de impugnación a los lesionados".

Y si ha de pasarse por esta partición verificada por el causante y en la que los legítimos no han tenido intervención alguna, ¿cuál será la posición de éstos cuando han sido instituidos exclusivamente en dinero? ¿Cuál será la garantía de sus derechos frente a los actos de enajenación del heredero?

Para contestar a estas preguntas hay que aceptar el principio de que el heredero es efectivamente el dueño de todos los bienes inmuebles hereditarios, pero entre tanto las legítimas no hayan sido satisfechas "subsistirá sobre el patrimonio relicto el derecho de legítima, el cual confiere a cada legítimo una titularidad respecto a una fracción de valor económico de dicho patrimonio" (47), es decir, que aun siendo dueño de los bienes el heredero existe sobre ellos un condicionamiento jurídico: el pago de las legítimas. Ahora bien, para que este condicionamiento no sea ilusorio, y para que este derecho de los legítimos sea efectivo es necesario que goce de una publicidad adecuada y de una garantía suficiente.

Publicidad para que estos derechos puedan ser conocidos por todos, y garantía para que los legítimos no puedan ser lesionados en los mismos. Publicidad y garantía son obtenidas en nuestro Derecho a través de la institución del Registro de la Propiedad. Es, por tanto, necesario que los derechos de los legítimos tengan acceso al Registro y para ello sólo existe un camino: el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

(47) ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de sucesiones de Kipp*, ya citado, volumen II, pág. 333. De modo semejante se pronuncia VALLET, ob. cit., pág. 221.

Y la aplicación del artículo 15 a este supuesto creemos que puede sostenerse fácilmente, en base a todo lo que llevamos expuesto, pues si, por una parte, los legitimarios en el supuesto del artículo 1.056 del Código Civil son legitimarios de cuota, y, por otra, no pueden promover el juicio de testamentaria por haberse efectuado la partición resultan cumplidos los dos requisitos que la Ley Hipotecaria exige para que puedan entrar en funcionamiento su sistema de garantías y, por tanto, sus normas serán perfectamente aplicables.

PARTICION REALIZADA POR EL TESTADOR PRINCIPALMENTE Y COMPLETADA POR UN CONTADOR PARTIDOR

Nos encontramos aquí con una partición mixta, ya que el testador ha dispuesto en su testamento el deseo de conservar indivisa la explotación, adjudicándola expresamente a uno de sus hijos, e indicando que las legítimas de los demás se satisfagan en metálico, pero no habiendo determinado la cuantía de éstas, designa a una persona, o a varias, con el exclusivo cometido de valorarlas y pagarlas. Es un acto mixto porque en él intervienen dos personas, testador y partidor; y un cometido coincidente, liquidar un caudal hereditario. Pero al mismo tiempo que un acto mixto es un acto complejo, porque en él nos encontramos con un acto dispositivo —el testamento del causante que delimita las cuotas de los herederos—, un acto particional —la adjudicación de toda la explotación a uno solo de los herederos e instituyendo a los demás únicamente en metálico— y un acto de investidura de poder —el nombramiento del contador partidor—, y esta naturaleza compleja del acto determina una serie de consecuencias jurídicas que se desenvuelven en todos los ámbitos y que exigen un estudio detenido e independiente.

En cuanto a la comunidad hereditaria.—Siguiendo el orden de ideas que hemos ido exponiendo a lo largo de este trabajo, tenemos que afirmar que tampoco en este caso se ha producido la figura jurídica de la comunidad hereditaria. El causante con su actuación la ha eliminado desde el principio, pues con su acto dispositivo ha señalado las cuotas abstractas que deberán percibir los

herederos, y después con su acto patrimonial las ha concretado en determinado tipo de bienes. Nos encontramos, pues, con que unos herederos deberán contentarse únicamente con su cuota de legítima estricta y otro con la explotación familiar, aunque ella absorba realmente la totalidad del "as" hereditario, e igualmente, por disposición del testador, para el pago de estas cuotas se ha asignado a los primeros dinero o bienes muebles y al segundo toda la explotación familiar.

Estos actos del causante impiden que se forme un acervo común indiviso entre los distintos herederos y determina los bienes en los que cada uno debe suceder. Cualitativamente la partición está concluida, y cuantitativamente lo está igualmente respecto a uno de los herederos: el titular de la explotación; pero no lo está respecto a los demás, toda vez que es preciso fijar la cuantía de las legítimas.

No cabe duda que el testador podía haberlas fijado por sí mismo, como hemos visto en el apartado anterior, pero quizá por la dificultad que entraña la valoración de un patrimonio para quien es su dueño, y en el que, por tanto, coexisten una serie de intereses afectivos difícilmente separables de los puramente económicos, ha optado por designar una persona que, reuniendo los caracteres de objetividad e independencia respecto del patrimonio y de los herederos (art. 1.057 C. c.), puede valorar de una manera más exacta aquél y concretar las legítimas en la cantidad que verdaderamente corresponda. Ello no solamente por estas dos notas de independencia y objetividad, sino también porque entra en el ejercicio de su cargo en el momento de la muerte del testador, y sus valoraciones se refieren al valor real y efectivo de los bienes, evitándose así que con el transcurso del tiempo pierdan veracidad, supuesto que podría darse fácilmente en el hipotético supuesto de que hubiere sido el testador el que hubiera, unilateralmente, fijado las legítimas.

En cuanto al juicio de testamentaria.—La fijación de las legítimas por el contador partidor pone fin totalmente a las operaciones divisorias, y al igual que las efectuadas por el testador es preciso pasar por ellas mientras no sean legalmente impugnadas. ¿Qué sucede, pues, con el juicio de testamentaria? ¿Podrán los

legitimarios recurrir a él para desvirtuar las operaciones divisorias iniciadas por el testador y concluidas por el contador partidor?

La contestación a estas preguntas exige realizar una serie de distinciones en atención a las diversas situaciones en que puede encontrarse la partición cuando el procedimiento judicial se inicie.

a) Antes de concretadas las legítimas en una cantidad de dinero y antes de concluido el plazo señalado al contador partidor para que realice su cometido.

Durante el plazo de vigencia de su nombramiento el contador partidor es la única persona autorizada para verificar la partición, no pudiendo los herederos por sí solos, ni acudiendo al juicio de testamentaria, proceder a una división de los bienes hereditarios en la que no tenga intervención el contador partidor.

Esta afirmación se encuentra confirmada unánimemente por la doctrina (48) y lo está igualmente por la jurisprudencia de la Dirección General de Registros. Así en la resolución de 28 de abril de 1945 se expresa que "la autorización concedida al testador por el artículo 1.057... determina para los herederos la obligación de someterse a las operaciones divisorias que realice el nombrado y pasar por ellas, absteniéndose, en principio, a realizarlas directamente por sí o por medio de personas que nombren al efecto, puesto que esta conducta equivaldría a desconocer y dejar desvirtuada la disposición hecha por el testador". Y añade que, igualmente, "impide a los herederos proceder con plenitud de atribuciones al otorgamiento de las operaciones particionales cuya formalización normalmente compete al comisario, no sólo porque al hacerlo entorpecerían y dificultarían su función, sino también porque al no coincidir los respectivos documentos las operaciones particionales otorgadas por los herederos adolecerían del vicio de nulidad y no serían inscribibles en el Registro de la Propiedad por ir derechamente contra la voluntad del testador, ley suprema de la sucesión *mortis causa*.

De esta doctrina parece deducirse que si existiendo contador encargado de la división hereditaria, la partición efectuada por los herederos va a resultar nula, "por ir derechamente contra la

(48) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 510, afirman: "A mi juicio, si la interpretación del testamento no conduce a otro resultado, no pueden promoverlo (se refiere al juicio de testamentaria) tampoco los herederos—voluntarios o forzosos— durante la actuación, dentro de plazo, del comisario".

voluntad del testador", del mismo vicio de nulidad ha de adolecer la efectuada en juicio de testamentaria, pues la razón jurídica es idéntica: en ambos casos se desconoce la voluntad del testador y se va contra ella. Y si esta partición hecha en juicio de testamentaria va a resultar nula es porque no procede este juicio en el supuesto de que exista un contador partidador nombrado por el causante (49).

La misma postura es sostenida por la sentencia de 18 de abril de 1928, que declaró: "La sentencia que accede a que los herederos hagan la partición a pesar de haber designado el testador un albacea con esa facultad, infringe los artículos 1.057, 1.058 y 1.060 del Código Civil y el testamento que es la ley en la materia".

b) Antes de concretadas las legítimas y después de haber transcurrido el plazo señalado al contador partidador para que efectúe la partición.

Nos encontramos aquí con un supuesto de partición parcial y cuantitativamente incompleta. Existe un acto de disposición, existe también un acto particional *strictu sensu*, pero parcial, y existe un acto de investidura de poder extinguido o caduco. Particionalmente hay algo incompleto: la fijación de las legítimas. ¿Procederá, entonces, el juicio de testamentaria?

Estimamos que en este caso ha de ser, sin duda, admisible el juicio de testamentaria, ya que existiendo una indivisión hereditaria y no existiendo ninguna persona nombrada —pues el haber transcurrido el plazo señalado al contador partidador equivale a esta situación— para ponerle fin, es lógico admitir que los herederos, en defecto de acuerdo, puedan acudir a la división judicial.

Este criterio que sostenemos es admitido en general por todos los autores y ha sido refrendado por la jurisprudencia en numerosas sentencias, entre ellas la de 5 de febrero de 1908, que declaró que, "transcurrido el plazo señalado por el testador para que el comisario hiciera la partición, la heredera podía promover el juicio de testamentaria".

(49) Las sentencias de 1 de diciembre de 1891 y 17 de octubre de 1893 indican que el nombramiento de contadores partidadores no impide promover el juicio de testamentaria, pero no puede desconocerse que en ambos casos las decisiones jurisprudenciales estaban movidas por el temor, no demasiado justificado, de que por el nombramiento de comisarios pudieran resultar lesionadas las legítimas.

Esta sentencia es importante, pues aparte de reconocer la posibilidad del juicio divisorio cuando el plazo del contador partidor está extinguido, a *sensu contrario* expresa que cuando este plazo no se ha extinguido todavía no será posible solicitar la división judicial de la herencia. Doctrina ésta que es la que hemos sostenido en el apartado precedente.

c) Después de concretadas las legítimas, es decir, después de concluida la partición.

Una vez concluida la partición puede sostenerse con todo fundamento la improcedencia del juicio de testamentaria, pues son numerosísimas las sentencias de nuestro Tribunal Supremo que así lo afirman, y no solamente para los supuestos en que aún no se ha iniciado el procedimiento judicial, sino también para aquellos otros en que éste se haya iniciado. Examinemos algunas de ellas:

Para antes de iniciarse el juicio de testamentaria. Aquí podemos citar la sentencia de 28 de diciembre de 1895, que afirmó que “realizadas la liquidación, división y adjudicación de los bienes de una herencia, mediante escritura pública en la que se hicieron constar esas operaciones, las cuales se efectuaron por las personas y en la forma extrajudicial prevista en el testamento, y promovido el juicio voluntario de testamentaria, la sentencia..., que resuelve que debe suspenderse la tramitación del juicio universal hasta que en el declarativo se declare la nulidad de dicha escritura, no infringe..., etc.”. Es decir, que lo que procede es impugnar la partición en el juicio declarativo, pero no pedir una nueva división en juicio de testamentaria. Igualmente se pronuncian las sentencias de 5 de octubre de 1898 y las de 16 de noviembre de 1932 y 21 de noviembre de 1939. Estas dos últimas sentaron la doctrina de que “el derecho reconocido a los herederos forzosos, según los artículos 1.037 y 1.038 de la Ley Procesal, debe subordinarse a lo preceptuado en el artículo 1.057 del Código Civil, careciendo, por tanto, de finalidad y objeto el juicio de testamentaria, después de protocolizadas las particiones hechas por el contador y comisario nombrado por el testador, sin perjuicio de las acciones de nulidad o rescisión prevenidas en el artículo 1.088 de la citada Ley Rituaria”. En igual sentido se pronunció la sentencia de 17 de octubre de 1960, etc.

Para después de iniciado el juicio divisorio. En este apartado debemos citar las sentencias de 3 de diciembre de 1931 y 3 de noviembre de 1943. Su doctrina, debidamente sistematizada, supone que si iniciado el juicio de testamentaria se presenta una partición auténtica, surge la necesidad de terminarlo y su sobreseimiento constituye el medio adecuado para dejarlo sin efecto. También las sentencias de 18 de mayo de 1933 y la de 3 de noviembre de 1943 y, en fin, la de 19 de julio de 1950 estimaron que deben sobreseerse las diligencias judiciales de testamentaria promovidas por parte legítima tan pronto como conste que los contadores partidores terminaron las operaciones particionales.

La conclusión que se deduce de todo lo últimamente expuesto es que, excepcionalmente en el caso recogido en el apartado b), es decir, aquel en que hemos sostenido la procedencia del juicio de testamentaria, en los demás hay que estimar que se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria: que se trate de legitimarios de cuota instituidos en dinero y que no puedan promover el juicio de testamentaria; y, por tanto, también en estas hipótesis contempladas podrán efectuarse las menciones legitimarias.

PARTICION INCOMPLETA SIN QUE EXISTA NINGUNA PERSONA DESIGNADA PARA CONCLUIRLA

Se da este supuesto cuando el testador dispone de la explotación familiar, sin designar a un contador partidador con el encargo de determinar cuantitativamente las legítimas de sus herederos forzosos. En esta hipótesis se produce una determinación abstracta de cuotas y una distribución concreta y cualitativa de bienes para el pago de una de aquellas cuotas abstractas (la explotación familiar) y una atribución cualitativa no concretada cuantitativamente para el pago de las legítimas (se concreta la cualidad: dinero; pero no se concreta su cantidad).

Desde un punto de vista estricto habría que afirmar que la herencia está partida *in natura*, pero no lo está en valor, y ello porque no habiéndose valorado el total hereditario no puede tampoco determinarse el "quantum" legitimario. Es necesario, pues,

para concluir esta partición valorar todo el "as" hereditario y después concretar las legítimas y verificar su pago.

¿Quién puede hacer esta determinación legitimaria? A primera vista, y puesto que parece tratarse de una simple operación contable, podría pensarse que el mismo heredero instituido en la explotación familiar podría verificar estas valoraciones, pero no debe olvidarse que nos encontramos aquí ante una operación aritmética de gran trascendencia jurídica, una operación aritmética que es realmente un acto particional, un inventariar los bienes hereditarios, valorarlos, descontar el pasivo y fijar las legítimas: propiamente verificar una partición. Por ello estimamos que el heredero, por sí solo, no está autorizado para hacerlo, ya que ello le llevaría a adoptar una doble postura: la de heredero, por su institución como tal, y la de partidador, por las operaciones que efectúa. Y si esto no lo prohibiera ya la doctrina general de la incompatibilidad de intereses, lo prohíbe expresamente el artículo 1.057 del Código Civil (50).

URIARTE BERASATEGUI (51) parece inclinarse a la posición contraria, aunque hay que reconocer que no habla en el plano del derecho estricto, sino en el hipotético supuesto de que los legisladores hipotecarios hubieran tratado de crear una regulación civil de las legítimas, y señala que en este supuesto la Ley que desenvolvería sus propósitos, teniendo en cuenta el artículo 15 de la Ley y el 85 del Reglamento, sería la siguiente:

1) Únicamente el causante puede disponer que el legitimario

(50) GONZÁLEZ PALOMINO, ob. y loc. cit., afirma, confirmando esta doctrina, que "en el Derecho de Castilla hay un axioma indestructible: la única persona que no puede hacer por sí solo una partición es un heredero". VALLET, *Apuntes...*, cit., págs. 220 y 221, llega a señalar que "el causante, y menos aún el heredero por sí solo, no están facultados para fijar unilateralmente la cuantía de las legítimas a pagar". Esta postura de VALLET nos parece exagerada en cuanto se refiere al causante, puesto que quien está autorizado por la Ley para hacer una partición lo ha de estar igualmente para fijar el importe de los derechos legitimarios. Si, como consecuencia del transcurso del tiempo y el aumento o disminución de valor de los bienes hereditarios, hubiere lesión para el heredero o para los legitimarios, uno y otros podrán ejercitar sus derechos en vía judicial. PUIG PEÑA, ob. cit., tomo IV, vol. II, pág. 938, parece adoptar esta postura al estimar que "el testador puede hacer una partición total que afecte a todos sus bienes o una partición parcial, como sucede en algunos supuestos..., la atribución de bienes concretos a favor de los legitimarios".

(51) URIARTE BERASATEGUI, *Revisión de ideas*, en esta REVISTA, 1950, páginas 384 y ss.

tome su legítima en efectivo, concediendo al heredero las facultades de pago.

2) El señalamiento numérico de la legítima con arreglo a la base del caudal hereditario, la determinación de las afecciones a su pago en garantía de uno o varios de los bienes hereditarios y el pago del efectivo de las mismas podrán ser delegadas por el causante al contador partidor, albacea, *heredero distributivo*, heredero de confianza, usufructuario, partidor y otras personas. Todas estas facultades se entienden implícitamente concedidas por el causante al heredero instituido en la modalidad jurídica de que se trata. De otro modo el artículo 15 carecería de utilidad, constriñendo su aplicación a los casos de excepción —delegación de facultades—, olvidando el supuesto normal —heredero distributivo—.

Y si en el terreno de la hipótesis nada hay que objetar a lo expuesto por URIARTE BERASATEGUI, en el campo de la realidad existe el insalvable obstáculo del artículo 1.057 del Código Civil, pues no cabe duda que para concluir una partición incompleta es preciso asumir la posición y las funciones de un contador partidor, y esta posición resulta incompatible con la de heredero, como la declaran, además del artículo citado, numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo. En este sentido puede citarse la de 12 de noviembre de 1895, que afirmó que la persona nombrada para hacer la partición no podía ser uno de los herederos; la de 28 de diciembre de 1896, que puntualizó que “el testador tiene amplia facultad para hacer por sí o encomendar a otro la partición de sus bienes, sin más limitaciones que la general de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos y de no dar este encargo a uno de los coherederos, según disponen los artículos 1.056 y 1.057 del Código Civil y lo sancionan el artículo 1.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”; en el mismo sentido se pronunciaron las de 13 de junio de 1898 y la resolución de 12 de noviembre de 1895, ambas referentes al cónyuge viudo. Y esta incapacidad es de tal naturaleza, que ni siquiera cesa con la renuncia a la herencia hecha por el coheredero (sentencia de 18 de mayo de 1962).

De todo lo expuesto se deduce que no estando el heredero, y mucho menos los legitimarios, autorizados para poner fin a las

operaciones divisorias, éstas deberán ser efectuadas, bien por el acuerdo de todos los interesados, bien en juicio de testamentaria. Y no hay otra solución, ya que ninguno de los interesados en la herencia está facultado para hacerlo por sí solo. Esta afirmación lleva como consecuencia admitir que nos encontramos ante un supuesto que queda fuera del texto general del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, y aunque fuera deseable que también en este supuesto los legitimarios tuvieran derecho a las menciones legitimarias, es bien cierto que una interpretación estricta de las disposiciones hipotecarias y civiles hace que no exista base legal suficiente para admitirla, toda vez que de ninguna forma pueden cumplirse los dos requisitos exigidos en el artículo 15.

CONCLUSION FINAL

La finalidad de todo trabajo científico es la obtención de una conclusión definitiva, práctica, razonable y fundada. Esto es lo que nos hemos propuesto al iniciar nuestro estudio. Pero en Derecho, desafortunadamente, no existen conclusiones definitivas. El Derecho no es todavía, ni lo será nunca, una realidad terminada, sino una realidad que se está haciendo día a día y sus conclusiones forzosamente tienen que ser provisionales. Simples hipótesis que es preciso aceptar a falta de otras mejores y mejor fundadas. Pero aunque provisionales, estas conclusiones deben ser prácticas, es decir, deben ser útiles. La verdad pragmática debe ser también la verdad jurídica, porque aceptar conclusiones que funcionen en la práctica es siempre más consolador que llegar a aceptarlas inútiles, y además..., más razonable.

Afirmar que el artículo 15 de la Ley Hipotecaria no tiene aplicación al Derecho común es una conclusión inútil. Aceptar lo contrario es más constructivo y más razonable. Pero como en nuestra ciencia nada puede aceptarse sin una fundamentación suficiente, en las páginas precedentes hemos expuesto los argumentos jurídicos que podían apoyar nuestra tesis, abiertamente positiva; pero ahora, además de todo lo expuesto, podemos añadir un fundamento más, uno que está, insisto, en el propio artículo 15: la necesidad misma de su normatividad.

La posición del legitimario en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.056 adquiere una naturaleza jurídica esencialmente distinta a los demás legitimarios del Derecho común: excluido de la comunidad hereditaria (que, según vimos, ni siquiera llega a existir) por haber verificado el testador la partición por sí mismo, al menos en cuanto a la naturaleza de los bienes en los que han de suceder, no es "strictu sensu" un cotitular del patrimonio hereditario, sino un mero titular de una cuota, que además debe abonarse en dinero, y siendo el heredero instituido el único dueño de los bienes hereditarios y, por tanto, pudiendo inscribirlos a su nombre y enajenarlos, si no se estima aplicable el artículo 15, ¿cuál será la protección de los derechos de estos legitimarios frente a los actos de enajenación verificados por el heredero, los cuales pueden, de hecho, dejarles sin legítima?

La necesidad de proteger a estos legitimarios fue la que llevó a que antes de publicarse la vigente Ley Hipotecaria algunos autores proclamaran la necesidad de una norma de naturaleza y contenido semejante al actual artículo 15. Así, GALINDO y ESCOSURA (52), por ejemplo, durante la vigencia de la Ley de 1861, refiriéndose a los legitimarios catalanes, cuya situación, por otra parte, no difiere sustancialmente de los supuestos que estudiamos, expresaron que si "el heredero (hereu) por si acudiera al Registro entendemos que al inscribirse los bienes a su nombre deben consignarse los derechos reales de los legitimarios, que de este modo quedan asegurados en perjuicio de tercero". Es decir, que GALINDO y ESCOSURA aplicaban una norma que, en definitiva, es la hoy contenida en el artículo 15 de la vigente Ley. Ciertamente que el artículo 15 de la Ley hubiera debido tener una redacción más cuidada y técnica; cierto que hubiera debido omitir toda referencia al juicio de testamentaria, o, en el caso de haberla hecho, no hubiera debido expresarla como una condición negativa para que las menciones pudieran tener lugar, pero de todas formas creemos que es un precepto útil y necesario y perfectamente aplicable dentro del Derecho común.

Por todo lo dicho podemos aceptar como conclusiones "jurídi-

(52) GALINDO Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1890, II, pág. 661.

camente definitivas", razonables, prácticas y, a nuestro juicio, suficientemente fundadas, las siguientes:

1. Que en lo que a nuestro estudio se refiere, pueden estimarse como semejantes los términos legitimario de cuota y legitimario de parte alícuota.

2. Que el artículo 1.056, párrafo 2.º, es una aplicación especial y concreta de la doctrina de la partición hecha por el causante, y aunque normalmente esta partición es realizada íntegramente por el causante, puede, en algunos casos, ser iniciada por él y concluida por un contador partidor.

3. Que, en su consecuencia, por tratarse de una partición concluida no es posible promover el juicio de testamentaria, sino únicamente ejercitar las acciones de impugnación de la partición, en los casos en que haya lugar a ello.

4. Que, además, el único supuesto en que el juicio de testamentaria no puede ser promovido por los legitimarios tiene lugar cuando éstos, por un acto complejo dispositivo-particional, son excluidos de los bienes hereditarios e instituidos en dinero. Cobra así sentido la relación prohibición del juicio de testamentaria y motivación de ella, que sean abonadas las legítimas en dinero.

5. Que, por tanto, todos los requisitos que el artículo 15 de la Ley Hipotecaria exige para que puedan tener lugar sus protecciones legitimarias concurren en la hipótesis contemplada en el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código Civil y, en su consecuencia, que son aplicables para ellos.

PLÁCIDO PRADA ALVAREZ BUYLLA

(Registrador de la Propiedad)