

II. DICTAMENES

Facultades de los contadores-partidores para interpretar el testamento.—Discrepancia y armonización de lo dispositivo y lo particional ordenado por el causante.—Valor de notas autógrafas del causante y su posible ponderación por los contadores-partidores.—¿Son valorables y deducibles los deberes morales que el testador implícitamente quiso que fuesen cumplidos?—Momento en que deben valorarse los bienes partibles, y específicamente en caso de existir asignaciones predeterminadas por el testador. Criterios para realizar el avalúo y ámbito discrecional de los contadores-partidores para fijar su criterio valorativo.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

ANTECEDENTES

Solicitan este dictamen dos contadores-partidores testamentarios.

Al efecto han entregado al que suscribe un amplio *dosier* conteniendo, además de abundante correspondencia, proyectos de valoraciones, anteproyecto de liquidación de sociedad conyugal, etc., los siguientes documentos:

- 1.—Copia simple del testamento abierto.
- 2.—Fotocopia de un documento autógrafo del mismo testador titulado: «Extracto de mi testamento».
- 3.—Sendas fotocopias de las memorias testamentarias del mismo señor.
- 4.—Fotocopias de tres notas autógrafas del testador sin fecha ni firma, tituladas: una «Valoración de ...*ilaz*, que deberá tenerse en cuenta al hacerse el reparto de mis bienes»; otra, «Valoración», coincidente en cifras con la anterior; y otra nota que comienza diciendo: «He dado la forma de Memorias Testamentarias a estos mis últimos deseos...».
- 5.—Fotocopia de una valoración de árboles y plantas de ...*ilaz*.
- 6.—Fotocopia de una nota autógrafa del testador en la que al parecer transcribe la valoración de la finca ...*errea* de ...*ita*.

Además han sido entregadas unas valiosas notas y sendos dictámenes, de dos prestigiosísimas primeras figuras de nuestro mundo jurídico, defendiendo razonadamente posturas contrapuestas, y notas comprensivas de algunas opiniones, en especial las de dos moralistas.

El que suscribe ha escuchado no sólo a los contadores-partidores, sino también a cinco de los herederos (habiendo recibido sendas cartas de los otros dos delegando en tres de los hermanos oídos) y al Letrado don ..., designado por los herederos para dar forma jurídica a la partición.

De todo ello, en opinión del que suscribe, resultan los siguientes hechos a tener en cuenta al objeto de este dictamen:

- 1.—Don ... aforado navarro, falleció, estando casado en únicas nupcias

con doña ..., dejando siete hijos. llamados, doña A, doña B, doña C, don D, don E, don F y don G.

II.—Su último y solemne testamento lo otorgó poco más de tres años antes de su fallecimiento, y del mismo interesa transcribir las siguientes cláusulas:

«Tercero.—Que como natural y vecino de ...*ita* está sometido al Derecho Foral de este Reino [de Navarra].

»Cuarto.—Reconoce a su dicha esposa, doña ..., el usufructo foral de viudedad con arreglo al Derecho civil de este Reino.

»Quinto.—Instituye herederos por séptimas e iguales partes a sus siete hijos: doña A, doña B, doña C, don D, don E, don F y don G.

»Dispone que los contadores-partidores que después designará adjudiquen ante todo en pago, a cuenta de su haber y sin perjuicio de completar sus hijuelas con otros bienes:

»A) Al hijo y heredero don D, el coto redondo, antiguo Señorío de ...*luz* (Valle de E...), recomendándole lo mire con cariño y lo conserve y mejore como el testador lo ha conservado y mejorado. Por supuesto que juntamente con la finca se adjudicarán a este heredero don D todos los muebles, cuadros, armas y enseres y en general lo que existiere en el palacio el día de su fallecimiento.

»B) La casa llamada «...*errea*», del lugar de ...*ita*, también con todos los muebles, cuadros, armas y enseres que se encuentren dentro de sus muros, así como toda la hacienda que tiene el otorgante en este Valle de B..., se adjudicarán a su hija primogénita doña A, única que ha permanecido soltera, y que de otro modo se encontraría sin casa.

C) Se adjudicarán al hijo y heredero don E, la casa número quince de la calle ...*eta*, de P..., en atención a lo mucho que...

»Insiste el testador en manifestar que los lotes serán completamente iguales, no obstante las anteriores adjudicaciones a cuenta, y desea que, a ser posible, deberán figurar en cada lote finca y valores.

»Séptimo.—Prohíbe toda intervención judicial en los asuntos de esta testamentaria, aunque interesen menores, ausentes o incapaces, y faculta a los Albaceas, Contadores-Partidores que luego nombra para que puedan practicar, sin intervención de los herederos instituidos ni sus representantes legales, todas las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y adjudicación, liquidando previamente si fuera preciso la sociedad conyugal con la esposa del testador o sus derecho-habientes.

»Serán los dichos Albaceas, Contadores-Partidores, los sobrinos y ahijados del testador don ... y don ..., que ejercerán el cargo mancomunada o solidariamente, y a los que les prorroga el plazo legal del Albaceazgo y de Contadores-Partidores por dos años más, contados desde el fallecimiento de la esposa del testador.

»Octavo. El testador se reserva el derecho de formular memorias testamentarias, complementarias de este testamento que para su validez deberán ir encabezadas con las palabras «Jesús, José y María», y estar firmadas de puño y letra del testador.»

III.—También dejó seis memorias testamentarias disponiendo legados, escritas en sendas cuartillas, encabezadas a modo de cubierta por otra que

contiene el título «Memorias testamentarias de don ...». Todo autógrafo del causante, que firma cada una de las memorias, que encabeza todas con las palabras «Jesús, José y María», previstas en el número octavo de su mencionado testamento, y que no están fechadas.

IV.—Asimismo dejó una nota autógrafa sin firma, fecha ni otra señal, titulada «Extracto de mi testamento».

V.—La herencia, sin que se verificara operación particional alguna, permaneció usufructuada por su viuda hasta el fallecimiento de ésta.

Después, los contadores partidores, los herederos y el Letrado don ... tuvieron algunas reuniones con el fin de realizar puntualmente la partición de los bienes.

Pero, pronto se planteó un problema fundamental, de una parte, el testador insistía en su testamento en que era su voluntad que los lotes de sus hijos fueran completamente iguales, y, de otra, ordenaba que se adjudicara a cuenta de su haber y sin perjuicio de completar su hijuela con otros bienes, el coto redondo, antiguo Señorío de ...áñez (Valle de E...), a su hijo D, coto redondo que según los primeros tanteos de valoración se apreció en bastante más que una séptima parte de la herencia. Por otra parte, con arreglo a la tasación que inicialmente se calculaba a las fincas de ...ita, la hija soltera, doña A, quedaba con bastante menos renta que los demás hermanos, excepto don D, lo que ella estimaba un perjuicio que no creía pudiera entrar en la voluntad de su padre que sólo pensó en favorecerla.

VI.—Así las cosas, en junio de 1959, al hacer limpieza en los cajones de la mesa de despacho del testador, se hallan los siguientes documentos:

1.º Fechado en Pamplona, a 18 de septiembre de 1954, firmado A. E., titulado: «Número de árboles y plantas de distinta especie que existen en el monte, barrancos y soto del término de ...áñez (E...) en septiembre del año 1954 y valor de dichos árboles y plantas, según conteo, medición y tasación efectuados».—Como importe total señala el de pesetas ...

2.º Documento a lápiz, autógrafo del causante, sin fecha, firma ni contraseña, titulado *Valoración*.

3.º Documento a tinta, autógrafo del causante, titulado «Valoración de ...áñez, que deberá tenerse en cuenta al hacerse el reparto de mis bienes», que transcribe las partidas del anterior, encabezándolas respectivamente con las palabras *Ingresos* y *Gastos*, pero también sin fecha, firma ni contraseña alguna.

4.º Nota autógrafa del testador sin fecha, firma ni contraseña, que dice así:

«He dado forma de Memorias testamentarias a estos mis últimos deseos, por si fuera necesario».

«Pero sí, por acuerdo de todos mis hijos, pudieran aquéllos satisfacerse, evitando la larga, molesta y costosa tramitación que las Memorias testamentarias exigen, ténganse en cuenta en el reparto, considerándolas como unas *Instrucciones* para éste.»

5.º Copia autógrafa del testador de unas valoraciones, que debieron ser hechas por R. Z., de las fincas denominadas ...errea, ...chípiá y ...erre ...arria de ...ita, que dan un total, respectivamente, de ... y ..., sin fecha, firma, contraseña ni instrucciones del testador.

VII.—Concretamente, en cuanto a la voluntad del testador se contraponen los siguientes criterios:

A) El hijo mayor, don D. asignatario de ...*álaz*, razonó así:

«Mi padre desea que *ante todo*, que ...*álaz* sea para mí, y *por supuesto* con todo lo que hay dentro del Palacio: que se complete mi hijuela con otros bienes, y que en el lote figuren, además, valores, y su deseo lo expresa de un modo rotundo —«ante todo»—, con absoluta independencia del valor de ...*álaz*.»

A su juicio, el extracto autógrafo del testamento aclara la voluntad de su padre: «... desea séptimas e iguales partes, pero con la *advertencia* de que ...*álaz* será para mí. No dice que ...*álaz* sea para mí si su valor es igual o menor que la séptima parte: ni que, en otro caso, deba dar compensaciones a mis hermanos: dice simplemente, que ...*álaz* será para mí. A mi juicio no caben interpretaciones: ...*álaz* será para mí. Si su valor es igual o superior a la séptima parte del patrimonio de mi padre, tal cual; si fuere inferior, *completando mi hijuela con otros bienes*».

»Para mí no hay duda de que mi padre siempre pensó en dejar sus bienes repartidos entre sus hijos según el producto de aquéllos, es decir, según la renta, y, de ese modo, hacerlo en séptimas e iguales partes.

Y, respecto a la adjudicación a la hija de la casa ...*errea* y de las fincas del Valle de B..., opinó:

«Me consta que mi madre, unos meses antes del fallecimiento de mi padre, comunicó a éste su preocupación por la situación en que podría encontrarse su hija A, a lo que mi padre le contestó «no te preocupes, ya he tomado todas las medidas para que no le falte nada». Después de esto la conclusión es fácil.»

»En primer lugar le deja la casa «...*errea*» —con todo lo que había dentro— por haber permanecido soltera y que de otro modo se encontraría sin casa. Hay una tasación de dicha casa, copiada de puño y letra de mi padre, que no sé qué valor jurídico tendrá; lo que para mí es evidente es que mi padre, al dejar «...*errea*» a su hija para que no se encuentre sin casa quiso facilitarle un modo de vida y no dejarle una carga; es decir, su valoración debe ser simbólica y muy inferior a lo que le podría costar la construcción de una casa en ...*ita* de dimensiones adecuadas a sus necesidades; en caso contrario se vería obligada a venderla por no poder entretenerla y para poder vivir: es decir, todo lo contrario de lo que pensó mi padre».

»Aparte de la casa le dejaba todas las fincas que poseía en el Valle de B..., ¿para qué venda alguna para poder vivir?, en modo alguno; mi padre no vendió ninguna de sus fincas por el espíritu conservador que tenía; le dejó esas fincas para que complementadas con otros valores tuviese suficiente para vivir, siempre pensando, como he dicho antes, en la igualdad en renta».

»Por consiguiente, a mi juicio, mi padre pensó en que, con las rentas de B... y los complementos necesarios, su hija A tuviese suficiente para vivir modestamente; y que el total anual que por estos conceptos percibiese fuera igual a la séptima parte de las rentas totales de mi padre.»

B) En cambio, los otros cinco hermanos entienden de otro modo la voluntad de su padre. Para ellos, éste jamás estableció la menor diferencia

entre sus hijos. A todos les quiso igual. En su testamento *insiste* literalmente «en manifestar que los lotes serán completamente iguales, no obstante las anteriores adjudicaciones a cuenta».

Si el testador no hubiese tenido este criterio, la libertad de testar navarra le ofrecía amplio campo para realizar sus deseos sin limitación alguna y si hubiese querido que se valorase en renta todo su haber o alguna finca en concreto lo habría podido expresar así en su testamento o en alguna memoria testamentaria ajustándose a los requisitos, por él mismo exigidos para su validez, de ir encabezadas con las palabras «Jesús, José y María» y firmadas de su puño y letra.

VIII. Los Albaceas Contadores-Partidores solicitan el dictamen para la resolución de los problemas planteados y de todos cuanto sea necesario resolver para el cumplimiento justo y equitativo de su gestión.

D I C T A M E N

El dictamen solicitado abarca, a juicio del firmante, diversas e importantes cuestiones jurídicas, que no es posible soslayar y que trataremos de proyectar al supuesto en cuestión. Seguiremos, para ello, el siguiente orden:

A) Interpretación del testamento. Facultades al respecto de los contadores-partidores.

B) Admonización de lo dispositivo y lo ejecutivo particional ordenado por el testador en caso de posible discrepancia.

C) Valor de las notas autógrafas del testador referentes a su partición que no reúnen los requisitos del testamento ológrafo ni de las memorias testamentarias, carentes de firma y de la contraseña prevista. Su posible ponderación por los contadores-partidores.

D) ¿Son valorables, por los contadores-partidores, los deberes morales derivados de los deseos e intenciones deducibles en las decisiones del testador y en sus notas autógrafas?

E) Momento en que han de ser valorados los bienes integrantes del caudal partible, en general, y específicamente en el caso de existir asignaciones determinadas por el testador.

F) Criterios para realizar el avalúo en las particiones y ámbito de discrecionalidad de los contadores partidores para la fijación del criterio valorativo que estimen más de acuerdo con la intención del testador.

Paralelamente a la doctrina general examinaremos su encaje en la sucesión del causante y en la partición de su herencia.

A) *Interpretación del testamento. Facultades al respecto de los contadores-partidores.*

El artículo 675 del Código civil ha sido considerado como fiel expresión de la doctrina común tradicional en materia de interpretación de testamentos. Doctrina que en las líneas generales —en el mismo recogidas— no difería en cuanto a su aplicación en ninguna de las regiones españolas.

Por eso, no es de extrañar que el Tribunal Supremo haya aceptado reiteradamente la aplicación del artículo 675 a regiones forales. Así, entre las

sentencias más recientes, tenemos —con respecto a Cataluña con anterioridad a la vigencia de la Compilación de su Derecho civil especial— las de 26 septiembre y 7 diciembre de 1955 que entendieron aplicado correctamente el artículo 675, y la de 23 noviembre 1957 que lo consideró infringido. La S. 8 marzo 1956 no halló contradicción, para la interpretación de la cláusula discutida, entre el artículo 675 y los preceptos romanos en materia de interpretación aplicables como Derecho supletorio a Cataluña. Más rotundamente la S. 11 abril 1958, en un recurso referente a Mallorca, en materia de interpretación, afirma que «ésta ha de hacerse con criterios generales», siguiendo el camino «señalado inequívocamente por la jurisprudencia constante» [del Tribunal Supremo], deduciendo sobre esta base la aplicación del artículo 675 del Código civil.

Para Navarra, concretamente, Lacarra («Instituciones de Derecho civil navarro», vol. II —Pamplona 1932— pág. 56) aceptó este criterio. Y el reciente Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra de 1959 no recoge ninguna disposición en materia de interpretación de testamentos, lo que supone la aceptación de que a Navarra se aplique el precepto contenido en el artículo 675 del Código civil.

El párrafo 1.º de dicho artículo 675 dice así: «*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.*»

En otras ocasiones nos hemos ocupado de la comprensión de este precepto según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Más de una vez, hemos escrito al respecto, que: «El testamento es rigurosamente formal (art. 687 C. c.); por ello —y no por su carácter de declaración de voluntad no recepticia— es evidentemente lógica la limitación de los medios de prueba extrínsecos para la interpretación de los testamentos. La reciente S. de 11 abril 1958 ha estimado que el sentido y alcance de la declaración de voluntad testamentaria «no aconseja, ni acaso permite, acudir a los llamados medios de prueba extrínsecos», y ha recordado que ya habían recogido [sería *contrario sensu*] esta afirmación de las Ss. 28 mayo 1912, 30 abril 1913, 16 enero 1915. Sin embargo, las Ss. 8 julio 1940, 6 marzo 1944, 3 junio 1947 han admitido que no hay obstáculo legal que impida al juzgador, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, acudir a circunstancias exteriores al testamento, pero siempre que, dado el carácter formal de éste, el sentido averiguado y desenvuelto, tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento y pueda así la declaración formal ser configurada, por sí sola, como una declaración del contenido de la voluntad del testador (S. 8 julio de 1940), es decir, que se parta del «tenor del mismo testamento» (Ss. 1 junio 1946 y 3 junio 1947), de conformidad con lo prevenido en el artículo 675 del Código civil (como añade la última sentencia citada)». Doctrina que ha aplicado la S. 6 diciembre 1952.

Vamos a repasar ahora brevemente algunos supuestos, en los cuales el *tenor del testamento* ha sido valorado o interpretado por el Tribunal Supremo atendiendo a circunstancias extrínsecas. Así:

La S. 27 mayo 1895 acepta la valoración hecha por el Tribunal de instan-

cia de la declaración de dos de los testigos del testamento y de la existencia de una deuda del legatario con el testador no coincidente con la referida en el testamento, que no existía con las circunstancias expresadas, para aplicar a aquélla la bonificación ordenada, que en caso contrario hubiese quedado en el vacío; y su primer considerando declara que la Sala sentenciadora reconoció el texto literal de la cláusula testamentaria que ordenó el legado, *«pero concordándolo con los antecedentes producidos, estima rectamente y dentro de sus facultades, con arreglo al artículo 675 del Código civil, que la intención y voluntad del testador fueron...»*.

La S. 30 abril 1913 recurre al apoyo de elementos extrínsecos como los de ser sacerdote el testador, de lo que induce en él «condiciones de cultura» y de ser «persona soltera y de edad avanzada» la heredera.

La S. 3 junio 1947, partiendo de que «como las cláusulas testamentarias no son tan claras que baste con su simple lectura para corregir, de modo inequívoco, el propósito o intención del testador, es necesario acudir a otros elementos interpretativos, de los cuales pueda deducirse su verdadera voluntad, si bien partiendo de las propias declaraciones del documento testamentario, o, lo que es igual, del tenor del mismo testamento, de conformidad con lo prevenido en el artículo 675 del Código civil», para reconstruir el cálculo del testador valoró algunos documentos intrínsecos (si bien no los juzgó suficientes en aquel caso) y la situación en que el cónyuge viudo quedaría en relación a las condiciones que el testador impuso a su legado.

La S. 6 diciembre 1952, consideró que había sido objeto de alegación «el hecho de que al ocurrir el fallecimiento del padre de los recurrentes, coheredero instituido en los tercios de mejora y libre disposición, la testadora manifestó a su administrador, designado también contador-partidor, que era deseo suyo extender a los hijos de aquél los derechos, que en su último testamento había concedido al premuerto, y —razón que— *si bien este hecho, de ser cierto en casación, pudiera ofrecer base con algún esfuerzo dialéctico, en orden a la investigación de la voluntad real de la testadora, para estimar incorporado al testamento, por medios de prueba extrínseca, el llamamiento de los nietos por sustitución vulgar, como aclaración o complemento de una disposición testamentaria deficientemente expresada por imprevisión...*».

Aunque hayamos de recordar, también, que la misma sentencia, en su último considerando, opinó «que en trance de valorar jurídicamente *el silencio de la testadora de abstenerse de dar forma ritualista a una nueva declaración de voluntad* que permitiera la entrada de los nietos, en la porción libre atribuida en el testamento al padre de éstos, se ha de estimar, según pauta marcada en sentencia de 24 de noviembre de 1943, que si pudo y debió hablar, ajustándose a los informes que se le facilitaron y no lo hizo, *su silencio significa falta de persistencia en el primer propósito...*, y se avino a que se cumpliera el testamento en los términos anunciados por los informantes, que son a los que se atuvo el contador-partidor...».

Aparte del problema de la limitación de los medios de prueba extrínsecos, la doctrina del artículo 675 ha sido interpretada por la jurisprudencia, recordando la S. 23 octubre 1925 que era doctrina ya recogida en las Ss. 22 mayo de 1912, 30 abril 1913 y 16 enero 1916, que el Código establece tres principios o reglas de interpretación que tiene un carácter general, dando la nor-

ma a los juzgadores para que se ajusten a la interpretación gramatical, si no son oscuras o ambiguas las cláusulas; en otro caso, y por haberse dudado entre la letra y el espíritu, al elemento lógico, y, por último, al conjunto armónico de las disposiciones, o sea al elemento sistemático. La S. 4 marzo 1952 añade otro elemento, el teleológico, que —en román paladino— la S. 11 abril de 1958 llama finalista.

De lo indicado se infiere la primacía del elemento gramatical o literal cuando no ofrezca dudas. Así lo reitera la S. 23 noviembre 1957, al casar la de instancia, estimando, en uno de sus considerandos, que eran «claros los términos literales de la expuesta cláusula, suficientes para investigar su sentido sin necesidad de acudir a otras disposiciones del propio testamento ajenas a ella, y carentes de influencia para enervarlos, la Sala sentenciadora...».

¿Se da tal claridad literal en la cláusula quinta del testamento abierto objeto de este dictamen?

La duda se plantea en un solo punto: *Si alguna de las asignaciones que hace el testador a varios de sus herederos «en pago, a cuenta de su haber», excede de una séptima parte de la herencia, ¿debe el asignatario abonar en metálico a sus coherederos el montante que lleve de más?*

Los dos prestigiosos jurisconsultos respectivamente consultados por los coherederos de opinión contrapuesta, han emitido también dictámenes contradictorios sobre este punto.

El primeramente consultado entiende de ese modo la cláusula quinta del testamento notarial:

«Al principio: Dispone que los contadores-partidores «adjudiquen», «ante todo en pago», «a cuenta de su haber» y «sin perjuicio de completar las hijuelas con otros bienes», a) ...*álaz*, con todos sus muebles, cuadros, armas y enseres y en general lo que existiere en el palacio; b) ...*errea*; c) ...*ela*».

»Al final: Insiste el testador en manifestar que los «lotes serán completamente iguales», «no obstante las anteriores adjudicaciones a cuenta y deseo que, a ser posible, deberán figurar en cada lote, fincas y valores».

»No cabe duda, que bien se entienda que las mencionadas adjudicaciones están ya hechas (consumadas) en el testamento, o bien se consideren como mandatos para los contadores, es lo cierto que este mandato sería *imperativo*, sin facultades discrecionales ni por tanto, posibles desviaciones de ninguna clase para los contadores. El resultado, pues, es el mismo. *Las tres adjudicaciones*, substantivamente, tienen objeto cierto y destinatario nominal. Es una atribución de objetos (...*álaz*, ...*errea*, ...*ela*) a sus respectivos sujetos de derecho, que es lo que define la titularidad».

»Pero el testador, luego de hacer esas atribuciones de propiedad, establece además el *modo* como han de hacerse: en esto los contadores no tienen tampoco facultades discrecionales, sino *regladas*. Las *reglas de modalidad* establecidas en el testamento, vinculantes para los contadores son las siguientes:

»1.ª Ifa de ser una «adjudicación en pago de su haber». «*Ante todo en pago*». Nada de legados. Ha de imputarse en la respectiva hijuela.

»2.ª «*A cuenta de su haber*», dice al principio; y al final repite: «*Adjudicaciones a cuenta*». Es decir: la adjudicación ha de hacerse en pago, pero en pago *parcial* o a cuenta; no en pago total, ni mucho menos sobre-

pasando el valor de la hijuela. Después de la asignación por los contadores de los bienes ya adjudicados por el testador, los adjudicatarios han de quedar todavía acreedores de la herencia de otros bienes —fincas o valores— además de los adjudicados en testamento.

»3.º «Y sin perjuicio de completar sus hijuelas con otros bienes», dice primeramente; y repite después: y «desee, que a ser posible, deberán figurara en cada lote, fincas y valores».

»Claramente se ve, por el «tenor del mismo testamento» (art. 675) que la voluntad del testador es la consideración de un lote o hijuela para cada heredero muy superior en valor al que él, en su deseo y última voluntad, da a ...*álaz*, ...*errea* y ...*ela*. Estas tres adjudicaciones no son más que un núcleo que ha de envolverse con otros bienes, que serán valores o inmuebles, para que todos lleven de todo. Los lotes o hijuelas, han de ser iguales, pero ateniéndose en todo caso al pensamiento —«advertencias»— del testador: Para los tres hijos, D, A y E, los bienes adjudicados únicamente constituyen el núcleo de su respectiva hijuela: necesitan además otros bienes que las completen.»

En cambio, el Letrado consultado en segundo lugar opina que:

«La esencial intención que, ante todo, reflejan las palabras utilizadas por el testador es la de que los haberes hereditarios correspondientes a los instituidos estén representados por siete partes iguales. Cada uno de sus siete hijos aparecen instituidos en una séptima parte. Es el caso típico en el que el fraccionamiento del patrimonio hereditario en cuotas sólo viene determinado por el número de los llamados a participar en un todo único. El testador no quiere hacer distinción ni diferencia alguna. Persigue una igualdad absoluta, mediante la división de todo entre todos.

»Este criterio de la igualdad en la institución y entre los interesados, no es sólo un punto de partida, sino la idea que en todo momento priva en las disposiciones testamentarias. Es cierto que el testador, además de instituir a sus hijos herederos por séptimas partes iguales, ordena adjudicaciones de bienes determinados a sus hijos don D (el coto redondo de ...*álaz*), doña A (la casa llamada ...*errea* en ...) y don E (la casa de la calle de ...*ela*). Pero con tales adjudicaciones, ni pretende llevar a cabo por sí la partición, ni trata tampoco de apartarse de la igualdad en los lotes, ni siquiera de interpretarla y materializarla según su punto de vista. No hay partición, porque las adjudicaciones sólo conciernen a determinados bienes y a algunos de los herederos, y congruentemente designa a los que, con el carácter de albáceas contadores-partidores, habrán de llevar a cabo las operaciones de inventario, avalúo y liquidación. No hay alteración en aquella igualdad, ni propósito de interpretarla, según su propio punto de vista, porque dirigiéndose a los contadores-partidores, les encomienda, según se lee en el párrafo segundo de la misma cláusula, que «adjudiquen ante todo en pago a cuenta de su haber y sin perjuicio de completar sus hijuelas» los bienes que señala. Con ello se pone, bien claramente, de relieve que las adjudicaciones dispuestas quedan subordinadas a los haberes previamente señalados. No se pretende superponer el criterio atributivo representado por las adjudicaciones en sí al de los haberes, sino que es éste el que prevalece.

«Pero hay más. Después de ordenar el testador lo relativo a las adjudicaciones, señalando circunstancialmente a quienes han de hacerse, con qué bienes y por que motivo, sigue preocupado con la idea fundamental de la igualdad, quiere despejar la más leve sombra de duda, y añade en el último párrafo de la cláusula 5.ª: «Insiste el testador en que los lotes serán completamente iguales, no obstante las anteriores adjudicaciones a cuenta, y desea que, a ser posible, deberán figurar en cada lote, fincas y valores». A la vista de tan rotunda declaración es bien escaso el cometido que le resta al intérprete. Estamos en presencia de algo de suyo evidente. El testador extrema el rigor concluyente de las palabras, al servicio de una inequívoca voluntad e intención. Ya había dicho que las partes habrían de ser iguales. Ya había proclamado que las adjudicaciones quedan sometidas a los haberes. Y de nuevo vuelve sobre el tema para señalar que los lotes «serán completamente iguales». La palabra incorporada es «completamente», que equivale a totalmente, absolutamente. En realidad, no era necesario añadir «completamente». Sólo una igualdad absoluta es, gramatical y matemáticamente, una verdadera igualdad. Sin embargo, creyó oportuno decirlo aun a costa de insistir o reiterar. El mismo comprendió que se trataba de una insistencia, y por eso dijo también «insiste». E insiste, precisamente después de referirse a las adjudicaciones, para advertir que «no obstante» ellas la igualdad habrá de mantenerse. Con esto se patentiza lo que está claro desde el principio: que la igualdad de los lotes es esencial y no puede resultar alterada por las adjudicaciones. El «no obstante» tiene, pues, el significado de que, pese a las adjudicaciones, los haberes hereditarios son los que imperan como modo de fijar la participación de cada uno en la herencia. Todo lo demás, se subordina a esa exigencia. Así, en el propio inciso final del particular último de la cláusula 5.ª a que nos estamos refiriendo, advierte: «desea que, a ser posible, deberán figurar en cada lote fincas y valores». Concuerdia perfectamente con lo expuesto que al formular el criterio particional de que en cada lote figuren fincas y valores, lo haga, no de manera imperativa, sino como expresión de un deseo y en la medida en que resulte posible. Las medidas de la posibilidad está representada, sin duda, por la igualdad de los lotes. Si la adjudicación de una finca no cubre la cuantía del haber asignado, será posible que la participación hereditaria se haga efectiva, también en valores. Mas no ocurriría otro tanto si la adjudicación de la finca absorbiera el total haber o excediera del mismo. Por eso la formación de los lotes con bienes de diferente naturaleza, se recomienda dentro del margen de la posibilidad, pero no se impone.

«La igualdad, tan reiteradamente proclamada, ha de tener la consiguiente traducción económica en el sentido de que todos los llamados a la herencia reciban el mismo trato y experimenten el mismo beneficio. Las adjudicaciones, se hacen sin merma de esa idea rectora. A través de ellas no se persigue el beneficio de los adjudicatarios en detrimento de los otros. Todos son herederos en igual cuantía. Consiguientemente, si la adjudicación hecha no cubre el haber correspondiente al heredero, habrá de completarse con otros bienes. Si la adjudicación coincide con el haber, no ha lugar a más. Y si excede el valor del bien adjudicado de la cuantía del ha-

ber, es pertinente la compensación en metálico a favor de los demás herederos, porque sólo de esta forma los lotes serán completamente iguales.

»La circunstancia de que el testador, al referirse a las adjudicaciones las denomine «a cuenta» y contemple singularmente el caso de que, por no representar la totalidad del haber, haya de completarse éste con otros bienes, no puede en modo alguno servir para sostener que en caso de que las adjudicaciones equivalgan al haber o le sobrepasen, no pueda darse ni sea pertinente la compensación en metálico. Esta es una hipótesis que, si se da en la realidad, porque alguno de los bienes adjudicados sea de un valor que sobrepase el del haber —como puede ocurrir—, según se indica, con el señorío de ...*alaz*, tiene que ser resuelta conforme a lo declarado por el testador en el sentido de que se formen lotes «completamente iguales», «no obstante las adjudicaciones». Mientras efectuándose compensaciones en metálico en aras de la igualdad de los lotes, no se hace sino llevar a cabo algo que es ineludible consecuencia de lo dispuesto por el testador, el no acudir a tales compensaciones y asignar a un heredero un bien cuyo valor exceda de la séptima parte del valor del patrimonio, significaría infringir la última y concluyente voluntad del causante.

»Para que la adjudicación de un bien determinado excluyera toda acomodación al haber a virtud de una compensación en metálico, sería preciso: o que el testador hubiera superpuesto las adjudicaciones a los haberes, considerando aquéllas como el medio de atribución y distribución preferente, o que el testador hubiera impuesto, de manera vinculante para los herederos, una determinada valoración. Mas no sólo ha omitido lo uno y lo otro, sino que, positivamente, ha hecho lo contrario.

»Antepones los haberes a las adjudicaciones, según hemos dicho y repetido. Estas últimas se han de acomodar a aquéllos. La igualdad, que la empieza proclamando respecto de las diversas instituciones en favor de sus hijos, la predica también respecto de los «propios lotes», representados por el bien o el conjunto de bienes atribuidos a cada uno. Igualdad, podría decirse, en la institución, en el llamamiento y en el pago de haber. La razón de ser de las adjudicaciones, partiendo siempre de esa idea, descansa en consideraciones o motivos que conciernen sólo a la idoneidad de la atribución de un bien a un hijo determinado, sin implicar, ni muchísimo menos que ese hijo quede sustraído al régimen general de distribución y sin pretender, por supuesto, jurídicamente ni de hecho, mejorarle.»

La circunstancia de que a dos juristas tan prestigiosos, como indiscutiblemente lo son los consultados, entiendan *con tanta claridad* la misma cláusula, *pero en sentido opuesto*, indica que seguramente tal claridad no existe si se analiza el texto desde ambos puntos de vista a la vez y no únicamente desde uno solo de ellos.

El testador, al hacer las adjudicaciones *a cuenta*, prevé que las asignaciones sean menores que el *haber* de los asignatarios, pero no contempla la hipótesis contraria de que alguna adjudicación exceda del valor de una séptima parte de la herencia.

¿Por qué esta falta de previsión? ¿Indica algo tal omisión? ¿Puede deducirse de ella alguna consecuencia? ¿Establece el testador, *contrario sensu*, una hipotética excepción a su criterio de igualdad para el supuesto de

que alguna de las asignaciones sea mayor de una séptima parte de su herencia?

Sin embargo, la regla general de igualdad, es reiterada por el testador en la misma cláusula después de hacer las adjudicaciones, al insistir en que «los lotes serán completamente iguales, no obstante las anteriores adjudicaciones a cuenta».

¿Cómo armonizar, pues, esa reiteración de la voluntad del testador de que los lotes sean completamente iguales, con la doble circunstancia de su previsión de que se complementarán las adjudicaciones menores a una séptima parte y de su completo silencio acerca de la devolución del posible exceso, a pesar de que se nos presenta como un hecho evidente que la tasación del valor en venta de una de las asignaciones era ya entonces indudablemente superior a una séptima parte de la herencia?

¿Fue sólo una involuntaria omisión literal?

¿Se debió a una errónea apreciación del testador de que no era prácticamente posible que ninguna de las adjudicaciones que establecía fuera superior al valor de una séptima parte de la herencia, por crearlas todas menores?

¿Quiso indicar que en caso alguno consideraba valorable ninguna de las asignaciones, por él especificadas, en más de una séptima parte de su herencia?

Sin llegar a este extremo de imponer su criterio de valoración máxima, ¿quiso, por lo menos, indicar que, según el criterio valorativo que debían aplicar los contadores-partidores, no creía probable que ni siquiera la asignación de mayor valor pudiera exceder de la séptima parte?

Si el testador únicamente hubiese dispuesto que las adjudicaciones las hacía «en pago, a cuenta de su haber», sin prever que en caso de defecto o de exceso respectivamente se complementarán los lotes respectivos o se compensará el exceso a los demás, así se debería entender ordenado por el solo hecho de haber dispuesto a cuenta de su haber las adjudicaciones. Pero, en el supuesto que examinamos, ha previsto expresamente el defecto en la adjudicación y nada ha dicho respecto de la posibilidad de exceso. Esta previsión parcial es la que crea el problema..., que no creemos deba ser resuelto sin intentar agotar las posibilidades de contestar a las cuatro preguntas que hemos formulado acerca de la razón o razones por las cuales el testador previó un supuesto y no el otro.

Y esto, es evidente que, no nos lo aclara, la interpretación gramatical de la cláusula. Hay que acudir, pues, —conforme al segundo inciso del § 2.º del artículo 675 C. c.— a «lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento». Hay que buscar la intención del testador, acudiendo —conforme la jurisprudencia antes citada— a los elementos interpretativos lógico, sistemático y finalista.

Un criterio lógico, aplicado a la interpretación de la cláusula discutida, nos ofrece una solución para la hipótesis extrema de que no sea posible resolver por camino alguno la duda planteada. Consiste en ponderar, de una parte, una disposición terminante y reiterada disponiendo la igualdad y, de otra, una disposición incompleta que puede inducir a estimar una posible exención a ese criterio de igualdad. Parece claro que, en último extre-

me, de no poderse resolver de modo alguno la duda, esa hipotética y discutible excepción no podrá imponerse a la regla general cierta y rotunda. Pero lo que no puede resolverse por sí sola la lógica, aplicada a la interpretación de la cláusula, es si la duda es irresoluble, porque no puede brindarnos criterio alguno para aclararnos si aquella omisión fue debida a una involuntaria inexpressión literal o a un error de cálculo, o bien fue expresión *contrario sensu* de un límite a la valoración de alguno de los lotes, o tal vez fue indicación de un criterio valorativo con el cual el exceso de valor no sería posible.

El *criterio sistemático* nada resuelve en nuestro caso, como no sea ofreciéndonos indirectamente la posibilidad de alguna solución a través de la designación de contadores-partidores, contenida en la cláusula quinta, o de la formulación de memorias testamentarias, que se reserva en la cláusula octava. Es decir, por este camino, no hallamos solución alguna sino tan solo la posibilidad de continuar en su busca utilizando otras nuevas vías.

El *elemento teleológico o finalista* nos ofrece, en cambio, mayor interés. Aparece claro que la voluntad del testador perseguía dos finalidades, tal vez no fáciles de armonizar: El reparto por igual de sus bienes entre sus siete hijos, de una parte, y el mantenimiento de su finca más querida, del solar donde deseaba que reposaran sus restos mortales —según dice la cláusula segunda— indiviso e íntegro en la sola mano de su hijo varón primogénito, de otra. Para lograr esa segunda finalidad, no bastaba al testador adjudicar el antiguo señorío sólo a su hijo don José María, sino que sería necesario, además, que éste pudiera conservarlo íntegro sin tener que vender parte de las tierras para abonar un exceso de adjudicación por un importe superior a sus posibilidades de prudente padre de familia.

Este último planteamiento, en lugar de ayudarnos a resolver las vacilaciones, nos las acentúa, si cabe. Las dudas que plantea el examen literal de la cláusula quinta, ¿fueron debidas, realmente, a que había una contradicción en la misma intención del testador por querer éste a la vez dos cosas incompatibles entre sí? ¿en lugar de ser fruto de un defecto de expresión, la incertidumbre literal refleja exactamente un estado de ánimo del testador, de incertidumbre que no llegó a resolver, porque éste no consiguió ponerse de acuerdo consigo mismo, acerca de la ponderación equilibrada de sus deseos inarmonizables de un modo totalmente satisfactorio para él?

Creemos que esto es lo más probable. Pero, entonces, para resolver ese problema, que el texto del testamento por sí solo no nos soluciona, únicamente cabe otear la posibilidad de acudir a otras vías. Intuimos dos, que tal vez sólo sean practicables combinadamente, es decir, aprovechando ambas. Son: los medios extrínsecos de interpretación del testamento y la posible mayor autonomía interpretativa *extra tabulas* de los contadores-partidores. Veamos las respectivas posibilidades de ambos medios.

Respecto al primero, ¿con qué elementos extrínsecos contamos para completar la interpretación de la intención del testador, que su testamento nos deja dudosa?. ¿hasta qué punto podemos utilizar tales elementos y qué valor podemos atribuir a cada uno de ellos?

A primera vista, por los antecedentes examinados, contamos con los

siguientes elementos extrínsecos, de cuya posible utilización debemos hacer un problema previo:

- a) El extracto autógrafo que hizo el propio causante de su testamento.
- b) Su conocimiento, con posterioridad al testamento, del superior valor de ...*dlaz*, que parecen probar las declaraciones escritas del administrador y del perito agrícola que le indicó aproximadamente cuál creía que era el valor en venta de dicha finca.
- c) El concepto que tenía de su función como titular de ...*dlaz*.
- d) Las notas autógrafas del mismo testador comprensivas de valoraciones.

¿Cabe atribuirles algún valor interpretativo y, en caso afirmativo, qué podemos deducir de su utilización a dicho fin?

Del posible valor interpretativo y particional de las notas comprensivas de valoraciones nos ocuparemos después de modo especial. De momento, vamos a limitarnos a apreciar los otros tres elementos interpretativos extrínsecos.

El *extracto autógrafo del testamento* fue valorado por el ilustre jurisconsulto consultado por el hijo varón mayor, del siguiente modo:

«Tiene valor de *papel privado (instrumenta domestica)* del art. 1.228 del Código civil, pues está todo él manuscrito por el testador.

»No vale, ni pretende valer, como testamento. Pero tiene un valor, dada su autenticidad, de fijación de criterio para los contadores.

»El testador no copia al pie de la letra su testamento. Lo reproduce de memoria, ateniéndose a la seguridad, más que de su memoria, de su voluntad. Y dice: «Dispongo que mis bienes sean repartidos por séptimas e iguales partes entre mis siete hijos... con las *advertencias* siguientes»: El párrafo contiene una regla general con sus excepciones, que el testador llama «*advertencias*». *Regla general*: la igualdad. *Excepciones*: a) Señorío de ...*dlaz*: b) ...*errea*; c) ...*ela* ...»

»Este escrito privado confirma la adjudicación que de conformidad con el artículo 1.056 del Código civil, con carácter excepcional, hace el testador en su testamento «de parte» de su bienes. (Cláusula quinta.)»

Dejando de lado la imposibilidad de asignar ni la menor eficacia modificativa de un testamento al extracto autógrafo del mismo debido al propio testador, si éste, a su vez, no reúne todos los requisitos del testamento ológrafo (en el extracto de referencia faltan la fecha, la firma del testador e incluso la voluntad de testar, pues sólo se trata de resumir de memoria lo dispuesto solemnemente), es muy discutible el valor interpretativo que pueda atribuírsele. Pero, además, en el caso que examinamos, no creemos que el extracto en cuestión nos ofrezca ningún dato nuevo que pueda aclararnos las dudas del testamento. Las *advertencias* no creemos que puedan interpretarse como *excepciones a la igualdad*, sino sólo como anticipos parciales de voluntad particional. Luego no hay una regla general de igualdad y una excepción de desigualdad, sino una regla general de indivisión previa y una excepción de previa adjudicación.

El conocimiento que tuvo el testador en el verano de 1954 del posible valor en venta de ...dlaz, tampoco puede considerarse decisivo en ningún sentido. Parece cierto que el conocimiento de esa posibilidad preocupó al

testador, quien pidió una peritación del monte de ...álaz a don A. E.... y basándose en ella escribió unas notas valorando la finca.

De ello, a lo más, puede deducirse que el testador al otorgar su testamento no sospechaba que ...álaz pudiera sobrepasar de una séptima parte de su haber. Es decir, que el testador, no previó la posibilidad del abono de excesos en metálico. Lo demás es congetural. Pudo aclarar el testamento otorgando otro, pero no lo hizo. Pudo redactar otras memorias testamentarias al mismo objeto, y tampoco llegó a verificarlo. Sólo escribió las notas autógrafas, de cuyo posible valor nos ocuparemos después. Dejamos, pues, aplazado hasta entonces la valoración de ese conocimiento posterior a su testamento.

El sentido que el causante daba a su propiedad del antiguo Señorío de ...álaz, no sólo resulta de su recomendación a su hijo varón primogénito de que «lo mire con cariño y lo conserve y mejore» (cláusula quinta) y de la expresión de su deseo de que sus restos mortales descansen en el Panteón que tiene allí, «celebrándose en aquella Iglesia el día de su entierro y todos los años en el aniversario de su fallecimiento, un funeral en igual forma de los que se vienen celebrando por los antepasados de la familia» (cláusula segunda, encargo que creemos debe ser referido especialmente al adjudicatario de ...álaz), contenidas en su testamento, o de sus memorias testamentarias primera (legado a la Iglesia de ...álaz de una lámpara de cristal de unas quince mil pesetas de valor) y tercera (entrega el día del entierro de una pequeña cantidad a cada uno de los caseros de ...álaz para que encomienden en sus oraciones el alma del testador) —disposiciones que en el extracto de su testamento abierto dice erróneamente haber otorgado en éste—, sino que, especialmente, destaca de su propia conducta, que no es la de simple propretario, sino de auténtico Señor de ...álaz con verdadero sentido de los deberes sociales y morales a que su posición le obliga moralmente, como resulta de las *partidas de gastos anuales de ...álaz*, escritas por el propio testador en una de sus notas autógrafas, de la que después hemos de ocuparnos, entre las que figuran una subvención a la Escuela, el gasto del alumbrado público, una renta para el Párroco y donativos a la Parroquia y los Capuchinos.

Parece, por esos datos, que es cierta la apreciación de un teólogo, moralista y jurista, también consultado por el hijo adjudicatario, de que el testador «quiso salvar la entidad moral que es ese Señorío».

De ello cabe deducir, no sólo la voluntad —suficientemente expresada por el testador— de transmitir unido e íntegro ...álaz, sino también que, al adjudicarlo a su hijo D, contaba con que éste continuaría en el ejercicio de las mismas funciones que él había ejercido y aceptaría con amor las cargas morales inherentes al Señorío. Circunstancias que creemos no pueden dejar de ser tenidas muy en cuenta por los contadores-partidores a la hora de ejercer su misión. Pero de las cuales, por lo menos de momento, no podemos sacar otras consecuencias, aunque luego volveremos sobre este punto.

El otro posible medio para solucionar las dudas del testamento, lo intentamos en la función de los albaceas, contadores-partidores designados por el testador en la cláusula séptima de su testamento, en cuyo párrafo primero: «Prohíbe toda intervención judicial en los asuntos de esta testamen-

taría... y faculta a los Albaceas, Contadores, Partidores que luego nombra para que puedan practicar, sin intervención de los herederos instituídos ni sus representantes legales, todas las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y adjudicación, liquidando previamente si fuera preciso la sociedad conyugal con la esposa del testador o sus derecho-habientes». Con algunas variaciones, refiere ese encargo el testador en su extracto autógrafo de su testamento: «Nombro Albaceas Testamentarios a mis sobrinos, F... C... y A... A... quienes resolverán cuantas dudas encontraren mi viuda y mi hijo D al hacer el reparto de mis bienes. Prohibo terminantemente que en este reparto intervengan los Tribunales, hasta el punto de declarar desheredado al que pretendiere acudir a ellos».

Este hecho nos obliga a estudiar: *si cabe atribuir a los contadores-partidores funciones interpretativas del testamento*; qué límites tienen en el ejercicio de las mismas, y cuál es el valor de la interpretación que establezcan.

En la S. de 12 diciembre 1906, ante un recurso de casación interpuesto por quien se creía heredero pero no fue reconocido como tal por los albaceas al ejecutar el testamento, el Tribunal Supremo rechazó tal recurso, considerando que «dicha estimación fundada, no en facultad alguna especial que para ello confiriere el testador a los albaceas, sino en aquella propia voluntad, interpretada como ha de interpretarse cualquier testamento para su cumplimiento, es manifiesto que [ha de estimarse válida] mientras el actual recurrente no lleve esta cuestión a los Tribunales directamente y en debida forma, con la citación de todos los interesados en su resolución, si considera que ha sido aquella mal entendida y aplicada...», y que produce «un estado de derecho nacido, no del uso de facultades atribuidas indebidamente a los albaceas de don R. P., sino del cumplimiento dado por éstos a la voluntad del testador, sin que su recta o desacertada inteligencia haya sido hasta ahora planteada como cuestión en el correspondiente juicio...».

La Dirección General de los Registros y el Notariado, también ha aceptado, muy reiteradamente, la facultad interpretativa del testamento del causante por sus albaceas contadores-partidores. Así: en la R. de 4 diciembre 1905, instituidos herederos seis primos del testador «para ellos, sus hijos y descendientes» y habiendo premuerto tres de dichos primos, la Dirección acepta la interpretación, de la frase transcrita, por los albaceas-contadores en el sentido de que contenía una sustitución vulgar de los premuertos por sus hijos o descendientes, que excluida al tenerlos el derecho de acrecer. La Res. de 12 de diciembre 1912 aceptó —pese a la discrepancia de criterio del Registrador— la interpretación hecha por los contadores que, combinando los dos testamentos del causante, estimaron que subsistía la institución de herederos verificada en el primer testamento en cuanto a los bienes no dispuestos en el segundo. La Dirección General ha considerado inherente al cargo de comisario, albacea contador-partidor la facultad de interpretar las cláusulas testamentarias, de modo que cuando la voluntad del testador sea susceptible de varias interpretaciones, la interpretación que ellos formulen debe inscribirse y causar un estado de derecho mientras no sea debidamente impugnada (RR. 29 abril 1913, 9 marzo 1921, 23 julio 1925, 12 di-

ciembre 1927, 11 diciembre 1929, 14 septiembre 1934, 15 julio 1943, 28 marzo 1944, 28 abril 1945, 17 diciembre 1955).

Este criterio es adoptado por los autores que se han ocupado del tema. Así: ESCOBAR DE LA RIVA (*Partición por Comisario*, en «R. C. D. I», año XIII, julio 1940, pág. 394), ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho Privado*, vol. II: «Sucesiones», cap. XII. Madrid 1948, págs. 408 y ss.), SÁENZ DE SANTA MARÍA TINTURÉ (*Notas sobre los albaceas y contadores-partidores*, en «A. D. C.», VI-II, abril-junio 1953, págs. 397 y ss.) y LACRUZ BERDEJO y SANCIO REBULLIDA (*Derecho de Sucesiones. Parte General*, Barcelona 1961, 65, núm. 393, págs. 504 y ss.). El segundo es el que más extensamente ha tratado de esta cuestión y la de los límites de la función interpretativa, que, a saber: a) Debe ajustarse a la ley y al contenido del propio testamento. b) No impedir las acciones de impugnación de los interesados. c) Realizarse dentro del plazo o sus prórrogas y antes de agotar su cometido.

Creemos de especial interés aclarar dos cuestiones relacionadas con los dos primeros límites indicados. Conviene precisar cuándo puede estimarse ajustada a la ley la interpretación hecha por los contadores-partidores. Y es conveniente señalar qué condiciones se requieren para que la impugnación de la interpretación pueda triunfar contra el criterio de los contadores-partidores.

No hay duda de que éstos en su interpretación no pueden incumplir disposición legal prohibitiva alguna, ni aun ajustándose a la intención del testador. Legítimas, reservas, prohibición de toda condición inmoral o de la delegación de la facultad de testar, etc., deben ser indiscutiblemente respetadas. Pero la cuestión ofrece especial interés por lo que se refiere a las normas del artículo 675 C. c. Nos parece claro que los contadores-partidores solamente podrán realizar el esfuerzo interpretativo que expresa el inciso segundo del párrafo primero, de este artículo cuando no se dé el supuesto del primer inciso, es decir, cuando haya que *resolver o decidir sobre una cuestión dudosa* (como precisa la R. 23 julio 1925). También nos parece indudable que, en caso de existir la cuestión dudosa, deben seguir las indicaciones del segundo inciso del mismo párrafo del artículo 675 C. c. en busca de la intención del testador.

El punto a discutir lo hallamos en el supuesto de que agotadas las posibilidades del tenor del testamento —examinado literal, lógica, sistemática y teleológicamente— siga subsistiendo la duda. ¿Tienen en ese caso los contadores-partidores mayor autonomía para apoyarse en medios extrínsecos de prueba?

Sinceramente, dada la necesidad de resolver las dudas y la confianza depositada en ellos por el testador, opinamos que sí, con tal de que sea observado este límite: *La duda debe estar planteada y no resuelta en el tenor del testamento, sin haberse podido resolver tampoco intrínsecamente por medios lógicos, sistemáticos ni teleológicos*. Si la duda puede resolverse intrínsecamente no cabe acudir a complementarla extrínsecamente sin infringir el artículo 675, y si la duda no se ha planteado en el tenor del testamento tampoco puede resolverse extrínsecamente sin infringir los artículos 670 y 687 del C. c., que determinan el carácter personalísimo y el carácter formal del testamento. El contador-partidor no puede integrar el testamento resolviendo

las dudas que plantee no su tenor, sino su falta de previsión. Puede resolver, en cambio, las dudas dimanantes de aquellas cuestiones planteadas por el mismo tenor del testamento, pero que éste deja sin resolver, bien sea por contradicción interna o por obscuridad en la expresión.

Por lo tanto, en el caso que dictaminamos, creemos indudable que los contadores-partidores podrán valorar —a efectos interpretativos de la duda que la cláusula quinta del testamento deja sin resolver— los datos extrínsecos a que antes hemos hecho referencia, con unas posibilidades tanto mayores cuanto mayor sea su conocimiento del causante y de sus intenciones.

El otro punto que deseamos aclarar es el relativo a los requisitos necesarios para que frente a la interpretación de los contadores-partidores pueda prevalecer la impugnación judicial promovida por los herederos. Partimos del supuesto de que la interpretación discutida se refiera a un punto dudoso del testamento y no sea contraria a ninguna disposición legal. Tratamos, pues, de determinar el *valor* de la interpretación hecha por los contadores-partidores dentro del ámbito de sus facultades.

Acabamos de ver que la Dirección General de Registros entiende que dicha interpretación es inscribible aún contra la opinión interpretativa del Registrador y que causa estado jurídico mientras no sea eficazmente impugnada.

Aparte de ese *valor*, entendemos que cabe atribuirle otro, tal vez aún de mayor entidad. El Tribunal Supremo ha establecido cierta escala valorativa de las interpretaciones testamentarias, según por quien sean hechas. La S. de 2 noviembre 1957 afirma que «aun cuando sean de igual categoría la interpretación de una Sala y la del recurrente en casación, la lógica y el derecho imponen la preferencia a la primera»; y la S. de 23 del mismo mes y año considera «que la doctrina jurisprudencial tiene repetidamente declarado que, cuando se trata de interpretación de cláusulas testamentarias, debe prevalecer el criterio del Tribunal *a quo*, en tanto no resulte manifiestamente erróneo por contrariar de modo ostensible la voluntad del testador» (como ocurría en el caso en ella contemplado).

¿Cabe aplicar igual criterio cuando la opinión del impugnante se enfrente no con el criterio de una Sala, sino con el de un albacea contador-partidor? Creemos que sí, y así lo entendemos porque, además, estimamos que, en iguales circunstancias, la interpretación de éste ha de prevalecer en casación incluso sobre la del Tribunal *a quo*, pues ello será siempre, en caso de duda, más acorde a la voluntad del testador, dado que éste fue precisamente a dicho albacea contador-partidor a quien confió la ejecución y, por ende, la interpretación de su testamento, excluyendo, con su designación, la intervención de los Tribunales (naturalmente en cuanto aquél no vulnerare claramente su voluntad o la ley).

Vistas las posibilidades de los albaceas contadores-partidores para resolver la duda planteada por la cláusula quinta del testamento en cuestión y cuáles son los medios extrínsecos a que pueden acudir, e, incluso, ponderada por nosotros la inocuidad de los dos primeros medios examinados, antes de pasar adelante nos conviene detenernos en otra cuestión.

Se trata de que la duda principal que suscita este dictamen puede ser resuelta —a juicio nuestro—, bien sea en todo o solo en parte, por dos ca-

minos: uno, interpretativo de la voluntad sustancialmente dispositiva del testador; otro, interpretativo de su criterio ejecutivo, particional o valorativo. Trataremos, especialmente en los dos siguientes epígrafes, de distinguir estos dos aspectos de la voluntad del testador, observando que si bien el primero solo afecta a la adjudicación de ...*alaz*, el segundo, además tiene también interés con respecto a la valoración de las demás adjudicaciones dispuestas por el testador, en especial las asignadas a su hija mayor doña A.

B) *Armonización de lo propiamente dispositivo y de lo ejecutivo o particional, ordenado por el testador, en caso de posible discrepancia.*

Es clásica la distinción de las disposiciones testamentarias, según sean *substantiæ adiciatur* (es decir, relativas a la institución de herederos o al conferimiento de un legado o a la imposición de un fideicomiso) o bien *executione, vel solutione* (esto es: referentes a su realización o ejecución, en caso de ser la substancia una institución de herederos; o a su prestación, de serlo un legado; o a su restitución, de serlo un fideicomiso).

Vemos establecida esta distinción, v. gr., en GREGORIO LÓPEZ (gl. 2.^a a la ley 31, T. IX, P. 6.^a), ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tauri commentarius*, I, 17, núm. 26), MATIENZO (*Comentariæ...*, T. IV, I. I. gl. XVII, mún. 8 a 12), CEVALLOS (*Speculum aureum...*, *quest.* 790, núm. 29 y ss.), LUIS DE MOLINA, S. I. (*De Iustitia*, Disp. 189), CASTILLO SOTOMAYOR (*Quotidianarum Controversiarum Iuris*, Lib. IV, cap. LVI, núm. 71) y el Tribunal Supremo la ha recogido, v. gr., en la S. de 8 de junio de 1869.

Adelantaremos que el interés que tiene, para nuestro objeto, el problema planteado se dirige al examen de si es posible una total disección entre *disposición y partición* en el ámbito del artículo 1.056. *Ambos conceptos, teóricamente inconfundibles, ¿pueden entrelazarse tan íntimamente en un caso dado que no sea posible determinar sus límites respectivos?* La solución de la cuestión enunciada, puede significar la confesión de que en ciertas ocasiones no hay bisturí jurídico capaz de separar lo particional de lo dispositivo cuando han sido amalgamados al amparo del artículo 1.056 del Código civil.

La mayor parte de los autores —LÓPEZ R. GÓMEZ (*Tratado teórico legal del Derecho de sucesión*, T. II, Valladolid 1893, págs. 261 y s.), FALCÓN (*Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, 5.^a edición, Barcelona 1897, pág. 441), MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, volumen VII, 6.^a ed., Madrid 1943, pág. 637), SCAEVOLA (*Código civil comentado y concordado extensamente*, vol. XVIII, Madrid 1901, pág. 445), MAURA (*Dictámenes*, T. IV, Madrid 1930, pág. 260), COVIÁN (*Partición de herencia*, en «Enciclopedia Jurídica Española», Editorial Seix, T. XXIV, págs. 359 y 382), DE BUEN (*Notas al «Curso elemental de Derecho civil»*, de COLIN Y CAPITANT, T. VIII, Madrid 1908, pág. 433), CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, 4.^a ed., para Notarías, Madrid 1939, I, 2.^o), BONET (*Comentando la S. de 6 de marzo de 1945*, en el citado volumen de la «Rev. de Dr. Priv.», pág. 450), MARÍN LÁZARO (*La partición de herencia hecha por acto «inter vivos»*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», T. CLXXVI, 2.^o semestre de 1944, pág. 231), ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, Barcelona 1948, pág. 381, y *notas al Derecho de sucesiones*, de Kipp, II, § 86, IV, I, págs. 34 y ss.),

GÓMEZ MORÁN (*Tratado teórico práctico de particiones. El ejecutor testamentario en el Derecho comparado*. Madrid 1950, págs. 250 y ss.)—entienden el artículo 1.056, en el sentido de que concede al testador una facultad ampísimas para hacer la partición, sin otro límite que el respeto debido a las legítimas.

SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, VI, 3.ª, 2.ª ed. Madrid 1910, págs. 1987 y ss.) y VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, 4.ª ed. Valladolid 1939, T. V., págs. 565 y ss.) distinguen la partición hecha por el causante en el mismo testamento, o en otro posterior, y la verificada en acto *inter vivos*. «Si la partición está hecha *inter vivos*—dice el segundo de estos autores— puede ser nula, rescindible o modificable, cuando no se ajuste al testamento del causante, puesto que éste es la verdadera ley, y la partición no puede ser acto modificativo del testamento; pero si la partición fuera hecha a continuación del testamento o por otro posterior con las solemnidades para testar, habrá que atenerse a ella por lo mismo que esta voluntad es la última y posterior del testador y, por consiguiente, puede prevalecer sobre la expresada en el testamento». Concluyendo SÁNCHEZ ROMÁN que «será nula, rescindible o modificable la partición formada por el propio testador, cuando sea hecha por actos *inter vivos* y no se ajuste exactamente a la ley que debió regirla que es el testamento del mismo, pues no habiéndose observado las solemnidades de Derecho en la partición que hizo el testador, sino las de los actos *inter vivos*, no obstante ser notorio el cambio de voluntad, carece de eficacia legal la manifestación de la misma realizada en el segundo acto de partición para revocar la consignada en el primero de institución o disposición testamentaria, otorgada con arreglo a Derecho».

Con mayor generalidad, afirma DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil español*, Madrid 1932, T. III, pág. 246) que «esa autopartición del testador puede estar en contradicción con su testamento, cuya ejecución representa (a menos que hecha en otro acto con las solemnidades del testamento implique una modificación del anterior), con las bases en él establecidas, en que la misma voluntad se informe. En tales casos, como si la partición estuviera desprovista de requisitos legales, parece justo otorgar a tales herederos el derecho a impugnarla o modificarla y aún a promover el juicio de testamentaría».

ALBALADEJO (*Dos aspectos de la partición hecha por el testador, «A. D. C.»*, I-III, págs. 973 y ss.), con toda decisión, se suma a la opinión de estos últimos autores, afirmando que «la partición, hágala quien quiera, no supe al testamento, ni menos se le antepone ni puede subsistir cuando no guarde conformidad con las disposiciones de aquél y se ajuste a ellas». Claro que, como ellos, reconoce (págs. 964 y s.) que «si la partición se hizo en el testamento, ya no son, como en el caso anterior (cuando la partición se hizo en acto *inter vivos*), partición y disposición casi como dos compartimientos estancos. No existe un límite tajante y preciso en el cual deban acabar las cláusulas de disposición. No han de existir tampoco por completo independientes de aquellas unas cláusulas única y exclusivamente partitivas. Ambas pueden compenetrarse. La voluntad que revela la cláusula dedicada especialmente a la partición no sólo puede servir para interpretar la manifes-

zación de voluntad dispositiva, sino que estas mismas cláusulas, en cuanto reúnan las solemnidades testamentarias, pueden encerrar una verdadera manifestación de voluntad dispositiva. De ellas se pueden extraer elementos que, combinados con los otros términos del testamento, modifiquen el sentido que se creyó ver en la voluntad de disposición manifestada en las cláusulas particularmente dedicadas a disponer». Mientras que, en cambio, los términos en que esté concebida la partición realizada por actos *inter vivos*, «sólo nos sirven como elementos de interpretación; pero la voluntad que de ellos se colija ha de poder entenderse que se manifiesta en el testamento para que sea eficaz».

Pero este autor, a diferencia de los anteriores, hace entrar en juego, en apoyo de su tesis, al artículo 1.075 del Código civil, dándole una interpretación distinta a la admitida hasta ahora por la doctrina.

Dice el artículo 1.075: «*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador.*».

En las transcritas palabras «*que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*», está la clave de la interpretación de ALBALADEJO. La mayoría de la doctrina ha entendido que significan que «*aparezca, o racionalmente se presuma, haber querido el testador que su partición pueda ser impugnada por lesión*»; es decir, lo contrario de lo previsto en la proposición inicial del precepto (Así: LÓPEZ R. GÓMEZ, *Op. y loc. cit.*, pág. 320; MANRESA, *Op. y vol. cit.*, pág. 760, en rel. con las págs. 638 y 749; SCAEVOLA, *Op. y vol. cit.*, pág. 448; SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. y vol. cit.*, pág. 2.114; GÓMEZ MORÁN, *Op. cit.*, pág. 271). En sentido distinto, ROCA SASTRE (*Estudios...*, II, pág. 383 y notas al *Kipp*, II, pág. 35), entiende que las palabras «*que fue otra la voluntad del testador*» se refieren a que haya habido error del causante al hacer la partición). En cambio, ALBALADEJO, apoyándose en la diferencia que media entre las expresiones «*haber querido lo contrario*» y «*que fue otra la voluntad del testador*», cree que esta última alude al supuesto de «*que la partición discrepe de la disposición*». Contrapone al efecto la palabra *difunto*, que en su comienzo emplea el artículo 1.075, y la palabra *testador*, con la que concluye el mismo precepto, y les atribuye un valor distinto, preciso y revelador. Para deducir que «al hablar en un mismo artículo de una misma persona, designándola como difunto y como testador, implica... que al decir testador se debe entender claramente excluida la voluntad no testamentaria del testador». Por ello, concluye: «La otra voluntad del testador», nos parece indudable que se refiere a «otra voluntad». Referirse a otra voluntad del testador, dicho hablando de la partición, y tratando precisamente de la impugnación por lesión, no es ni más ni menos que decir «que el testador haya querido otra cosa distinta de lo que la partición ejecuta», «o sea, que la voluntad dispositiva del testador sea distinta de lo que se lleva a la práctica en la partición». Entiende que, «ciertamente, siempre que la partición discrepe de la disposición, hay lesión, y siempre también que haya lesión es, por lo menos, presumible racionalmente que el testador quiso que la participación fuera impugnada por lesión, puesto

que toda lesión coincide con el hecho de que la voluntad del testador fue otra».

Al llegar aquí nos parece que ALBALADEJO, sin darse cuenta, nos patentiza el fallo de su ingeniosa interpretación. Si la existencia de lesión coincide con el hecho de que la voluntad del testador fue otra, el artículo 1.075, así interpretado, vendría a decir: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos, o de que haya lesión». La antinomía, que así resultaría existir, entre la regla general del precepto y su segunda excepción, sería tan total y absoluta, que se pone en evidencia lo inaceptable de esa interpretación.

Para que haya lesión en cualquier partición es necesario y suficiente —aparte la lesión de las legítimas— que la partición no se acomode a la disposición. Por lo tanto, si el artículo 1.075 dispone que la partición hecha por el testador no pueda ser impugnada por causa de lesión, es que quiere que no sea impugnada aunque la partición no se acomode a la disposición. Sería absurdo que, después de sentar esta regla general, su segunda excepción la derogase totalmente, diciendo precisamente lo contrario con igual extensión e intensidad. Las palabras «o que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador», solo puede significar que «aparezca, o racionalmente se presuma, que el testador quiso que la partición por él verificada se pudiera impugnar por causa de lesión». Es decir, que expresamente quiso cosa distinta a la determinada en la regla general expresada en el encabezamiento del propio precepto legal. Excepción que delimita, pero no borra ni elimina, la regla general que presume, en el causante-partidor, una intención determinada. Pero solo con presunción *iuris tantum*: que, por lo tanto, admite prueba en contrario. Entendiéndose por prueba no solo la expresa declaración del testador, sino cualquiera otra indiciaria que sea racional. Es decir, que racionalmente se presuma que quiso otra cosa, que fue otra su voluntad, distinta de la que se traduciría en aceptar la no impugnabilidad por lesión de la partición por él verificada. No basta, por tanto, que exista disparidad entre la disposición y la partición hechas por el testador. Para poder impugnar ésta por lesión hace falta, además, que resulte, o racionalmente se deduzca, que el propio causante quiso que esa disparidad fuera motivo suficiente para dar lugar a la impugnación por lesión.

Antes hemos reconocido que teóricamente es intachable la distinción entre *disposición* y *partición*. No obstante, prácticamente, hemos visto cómo el mismo ALBALADEJO reconoce que no siempre es neta y diáfana, ya que cuando la partición se contenga en testamento puede encerrarse en ella una voluntad dispositiva. Ahora vamos a observar que, en la aplicación práctica del artículo 1.056, se enturbia esa distinción por la relatividad que suponen la determinación de cualquier valor y la precisión del momento de su fijación.

En Derecho sucesorio la voluntad del testador es ley de la sucesión, en cuanto no choque con normas de Derecho necesario. El testador fuera del límite de las legítimas y reservas puede disponer libremente. No es esencial que los herederos reciban una parte del activo hereditario exactamente pro-

porcional a sus cuotas respectivas. El testador, mediante el otorgamiento de legados y mejoras, o de donaciones no colacionables, puede dar lugar a dicha desproporción. Partiendo de esas dos premisas, no vemos inconveniente en que el testador, que tiene libertad de disposición de sus bienes, mientras no lesione las legítimas debidas, pueda verificar la partición dando a los bienes el valor que subjetivamente estime que les corresponda, y tampoco vemos obstáculo en que pueda realizar dicha valoración refiriéndola a cualquier otro momento distinto del de la delación.

Tratándose de disposiciones de Derecho necesario, la ley no puede dejar los problemas de valoración, que pueden plantearse, a la particular apreciación de una sola de las partes interesadas. En esos supuestos la valoración debe hacerse lo más objetivamente posible. En caso de entablarse el litigio será el juzgador quien deba resolver, atendiendo a las cotizaciones y demás datos oficiales o a las tasaciones hechas por peritos ritamente nombrados.

Pero en el campo de la libre disposición del causante no hay razón para imponerle ningún criterio de valoración, aunque sea más objetivo que el suyo. Su voluntad es ley de la sucesión tanto para disponer como para asignar bienes, como para valorarlos y elegir el momento de dicha valoración.

Su único límite lo constituye el respeto a las legítimas debidas. Sólo ante el cálculo de éstas se detiene su libertad de valoración y de elección del momento al que debe referirse. La legítima es institución de Derecho necesario, su cálculo debe hacerse conforme la ley ordena y en el momento por ella determinado. No así el cálculo de las cuotas partes de la herencia.

Así resulta del artículo 1.046 Ley de Enjuiciamiento Civil: «Si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, *avalúo*, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas. Lo mismo deberán hacer los herederos forzosos siempre que no resulten perjudicados o gravados en sus legítimas».

Estos razonamientos los escribimos hace tiempo en nuestros *Apuntes de Derecho sucesorio* (II, 2.º, C, págs. 186 y ss.). Después se han ocupado de este tema MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (*Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto «inter vivos»*, en «R. D. P.», 1954, páginas 494 y ss.) y LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Derecho de Sucesiones. Parte general*, cap. XV, § 64, núm. 388, págs. 491 y ss.).

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ acepta, en principio, nuestra solución; pero cree que no conduce a esa confusión práctica entre partición y disposición, sino más bien a la necesidad de delimitar el concepto legal de partición. Para la debida efectividad de esta idea es necesario —dice— poner un límite a la tesis admitida: la libertad de valoración debe quedar restringida a la propia necesidad y finalidad de la evaluación, es decir, no debe servir para disfrazar o envolver un auténtico acto dispositivo incompatible con la esencia de la partición; por consiguiente: 1.º La libertad se debe mover en un campo estrictamente valorativo. La suma de los valores asignados a los bienes integrantes de cada lote debe guardar, en relación con el valor que se dé al total de los bienes partidos, una proporción idéntica a la que exista entre la cuota que corresponda al adjudicatario del lote y el as hereditario total. 2.º Para asegurar la efectividad de este criterio hay que concluir que no se

protege la libertad valorativa del testador cuando sea utilizada para disfrazar auténticos actos dispositivos, es decir, cuando las valoraciones hechas no puedan racionalmente ser referidas a criterios evaluatorios admisibles, aun en un terreno puramente subjetivo, ni al deseo de ajustar la valoración a un momento distinto al de la muerte del testador. 3.º En el caso de que el testador haya hecho la adjudicaciones sin valorar los bienes, la discordancia entre los lotes formados y los que resultarían en una valoración objetiva debe presumirse debida a una recta utilización de la libertad valorativa de que disfruta el testador.

Por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (precisamente en la citada obra que forma parte del *Tratado teórico práctico de Derecho civil*, de LACRUZ y de ALBALADEJO) se acepta que «el artículo 1.056 admite una interpretación plenamente congruente con el 1.075, tal como a este lo viene entendiendo la doctrina y tal como es necesario entenderlo para que tenga positivo sentido normativo; la clave de esta solución está también en la consideración de la partición como negocio incompleto, anejo y complementario al testamento. Entonces, cuando hay discordancia entre partición y testamento, debida a una valoración irreal, subjetiva, del testador, no es impugnabile aun cuando la lesión exceda de la cuarta parte.»

El Tribunal Supremo ha confirmado que no cabe rescisión por lesión en las particiones hechas por el testador, a no ser que resultare perjuicio en las legítimas de los herederos forzosos o que aparezca o racionalmente se presuma que el testador quiso que fuera posible dicha rescisión.

Es cierto que la Sentencia de 13 de junio de 1903, en uno de sus considerandos, afirmó que «la partición así hecha habrá de realizarse sobre la base de una sucesión testamentaria o legal a cuyas reglas fundamentales y llamamientos de los interesados deberá acomodarse la partición». Pero, fijémonos bien en que ese considerando solo habla de «las reglas fundamentales» y de los «llamamientos de los interesados». Ello es lógico, pues, para la eficacia la partición hecha al amparo del artículo 1.056 se requiere que sea otorgada en testamento, o bien que se apoye en un testamento anterior o se ratifique en uno posterior. Consiguientemente la partición verificada en acto *inter vivos*, que tenga por base un testamento anterior, mal podrá apoyarse en éste si no se acomoda a sus «reglas fundamentales» y a «los llamamientos de los interesados» allí dispuestos. Pero eso no significa ni puede significar, si no se quiere privar a esa forma particional de la finalidad principal perseguida al utilizarla, que se limite al testador su facultad de calcular a su libre discreción el valor de los bienes que componen su haber y referirlo al momento que estime conveniente.

También es cierto que la recientísima S. de 28 de junio de 1961, en uno de sus considerandos, al aludir a la amplia libertad del testador en la distribución valorativa, según el artículo 1.056, observa —con invocación de la citada S. 13 junio 1903— que admite «como medio normal único de impugnación la acción por lesión en más de una cuarta parte». Pero se trata de un simple *obiter dictum*.

En cambio, las Ss. 28 diciembre 1896, 17 mayo 1910, 11 marzo 1922, 8 mayo 1926, 3 diciembre 1931, 7 enero 1942 y 6 marzo 1945, han sostenido la amplia libertad del testador para partir sin otro límite que el de respetar

las legítimas. Especialmente es de interés, en este como en otros extremos relativos a la partición hecha por el testador, la magistral Sentencia de 6 de marzo de 1945, de la que fue ponente el maestro Castán. En ella se afirma que el Código otorga al testador una amplia libertad, no solo en la disposición cualitativa de los lotes, «sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal 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». Y, que si en el recurso, la rescisión pretende orientarse «hacia la lesión anormal o en más de la cuarta parte, al amparo de los artículos 1.073 y 1.074 del Código, chocará irremisiblemente... con el obstáculo insuperable que el artículo 1.075, como *lex specialis*, opone a la aplicación de esos otros invocados artículos 1.073 y 1.074».

Pero de esa libertad valorativa del causante, según su personal y subjetivo criterio, es discutible que puedan deducirse consecuencias para el supuesto que dictaminamos. Luego veremos si puede aplicarse a la valoración de *...diaz* contenida en una de las notas autógrafas del testador. Ahora, sólo diremos, con relación a las asignaciones hechas en el testamento, que por haberse determinado *a cuenta*, no parece posible plantearlas como acto particional propiamente dicho, sino únicamente como una *praeceptio*, que —como dice BIONDO BIONDI (*Successione Testamentaria-Donazioni*, Milán 1943, n. 86, págs. 221 y ss)— aparece como una detracción de la masa hereditaria que el causante autoriza a un coheredero con carácter previo al acto propiamente dicho de la división, a imputar al efectuar ésta a su correspondiente cuota. Podría decirse de ellas algo parecido a lo que ha dicho hace muy poco la S. 9 marzo 1961: «Como quiera que del estudio del testamento de la causante se desprende que la testadora adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos, individualizando alguno de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran el patrimonio, y mucho menos a practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes, es evidente que, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la adscripción de los bienes que reparte, no pueda estimarse realizada la partición de la herencia por el causante y no cabe aplicar el precepto del párrafo 1.º del artículo 1.056 del Código civil».

Si se afirmase que, al asignar el testador los bienes (previamente adjudicados) excluyendo la devolución de diferencias de valor por exceso, ha verificado éste una partición parcial, a la que será aplicable la doctrina del artículo 1.075 C. c. en el sentido que hemos visto interpretar por la mayoría de los autores y por la jurisprudencia, deberíamos responder que, precisamente, lo que aún no hemos resuelto es si la cláusula quinta del testamento excluye toda posible devolución de exceso de la asignación sobre la cuota del asignante. Por ello, a menos de incurrir en petición de principio, no podemos deducir aquella consecuencia.

C) *Valor de las notas autógrafas del testador referentes a su partición que no reúnen los requisitos del testamento ológrafo ni de las memorias testamentarias.*

El testador dejó, además de su testamento abierto y del extracto autó-

grafo de éste, unas memorias testamentarias y unas notas autógrafas valorativas de algunas fincas.

No nos ofrece duda la validez de las memorias testamentarias. Estas están escritas y firmadas de su puño y letra por el testador y van encabezadas con las palabras «Jesus, José y María» previstas en la cláusula octava de su testamento. Es cierto que no se hallan fechadas, requisito necesario según el artículo 688 C. c. para el testamento ológrafo, y que conforme al artículo 672 del Código civil se aplica también a las cédulas y papeles privados del testador. Pero en Navarra la costumbre ha admitido el valor de las memorias testamentarias sin necesidad de que vayan fechadas. El reciente Anteproyecto de Fuero Recopilado de Navarra así las recoge en sus leyes 249, 250 y 251, que dicen así:

Ley 249: «Otorgamiento.—Podrán otorgarse memorias testamentarias como rectificación o complemento de un testamento anterior, siempre que en éste se hubiere reservado el testador la facultad de otorgarlas, determinando a la vez las señales que habrán de contener para su eficacia».

Ley 250: «Contenido.—En las memorias testamentarias no podrán hacerse, modificaciones ni revocarse instituciones de heredero, señalamientos de legítima foral, sustituciones ni desheredaciones. Podrán, en cambio, establecerse y modificarse las disposiciones testamentarias de otra clase».

Ley 251: «Requisitos formales.—Las memorias testamentarias deberán estar firmadas en todas sus hojas por el testador o testadores, y llevar las señales prevenidas en el testamento que rectifican o complementan».

Requisitos de fondo y forma que reúnen las memorias testamentarias del causante.

Pero, además de las memorias, que se hallaron junto a la copia simple de su testamento, y del extracto autógrafo de éste (extracto del que ya nos hemos ocupado), el testador dejó unas notas autógrafas halladas bastante tiempo después y en lugar distinto que aquéllos. Son:

Dos valoraciones de la renta líquida de ...*álaz*, con las correspondientes partidas de ingresos y gastos detalladas, escritas de puño y letra del testador, una a lápiz y otra en tinta, de las cuales la primera la titula «Valoración» y la segunda «Valoración de ...*álaz*, que deberá tenerse en cuenta al hacerse el reparto de mis bienes», junto a las cuales apareció también una valoración de los árboles y plantas del monte de ...*álaz*, firmada en Pamplona a 18 de septiembre de 1954 por A... E..., de la que tomó el testador el dos por ciento para la partida de ingresos de la referida valoración.

Copia autógrafa del testador sin fecha ni firma de valoraciones hechas, según esa copia, por R... Z... de varias fincas de ...*ita*.

Y otra nota autógrafa, sin fecha ni firma, que dice: «He dado la forma de Memorias Testamentarias a mis últimos deseos, *por si fuera necesario*. Pero si, por acuerdo de todos mis hijos, pudieran aquéllos satisfacerse, evitando la larga, molesta y costosa tramitación que las Memorias testamentarias exigen, téngase en cuenta en el reparto, considerándolas como unas *Instrucciones para éste*».

Ninguna de estas notas autógrafas del testador está firmada por éste, ni lleva fecha ni contraseña alguna.

A los efectos de este dictamen es importantísimo determinar el valor de estas notas.

Para este fin debemos distinguir: a) Su valor documental: como testamentos, memorias testamentarias, particiones *parentum inter liberos*, o como *schaedulae domesticae*. Y b) su valor interpretativo de la voluntad del testador, sea en cuanto la sustancia de su disposición o sólo en cuanto su ejecución particional.

a) *Documentalmente*, no creemos que pueda reconocerse valor alguno a estas notas autógrafas, pues, a juicio nuestro:

a) Es indudable su ineficacia como testamento ológrafo, por lo menos por su falta de firma y de fecha.

b) Igualmente lo es su ineficacia como memorias testamentarias, por faltarles la firma del testador y la contraseña, exigida en la cláusula octava del testamento, de ir encabezadas con las palabras «Jesús, José y María».

c) Tampoco creemos válida ninguna de las valoraciones, como acto particional *inter vivos*, ni siquiera parcial, al amparo del artículo 1.056 del Código civil. Sin entrar en los requisitos de forma necesarios para que un testador regido íntegramente por el Código civil realice su partición por acto *inter vivos* —ambito en el cual, tampoco creemos que las valoraciones de referencia pudieran valer en ese concepto por las mismas razones por las que rechazaremos su valor como *schaedulae domesticae*—, lo cierto es que en Derecho navarro es aplicable, como Derecho supletorio preferente, el Derecho romano que, en las Novelas XVIII y CVII, deja fuera de duda los requisitos formales mínimos de la *divissio inter liberos*.

La Novela XVIII, en su capítulo VII, propone al padre que quisiere distribuir entre sus hijos sus bienes que indique específicamente éstos, si es posible en el testamento, pero si no lo hiciere así, admite que «le es, sin embargo lícito hacer las divisiones de los bienes que hubiere querido que se repartan, y o suscribirlas todas el mismo (et suscribere omnibus aut ipsum), o procurar que las suscriban todos los hijos, entre los que dividiere los bienes, y darle con esto fe indudable a la cosa, siendo válido y firme, sin necesitar otra garantía, lo que hace en esta forma».

Y la Novela CVII, en su capítulo III, ratifica la validez de las divisiones suscritas por los hijos del distribuyente, pero además mantiene, que «si también el mismo hubiere suscrito la división, y todo lo hubiere dejado claro mediante su firma (et clara omnia per suscriptionem suam fecerit), sea también esto válido, porque también esto está ya contenido en nuestra ley».

d) ¿Valdrán como *schaedulae domesticae*, es decir como cédulas o papeles privados a los que se refieren los artículos 672 y 1.228 del Código civil?

El eximio jurista que a instancia del hijo don D. redactó unas notas, afirma que los *instrumenta domesticae* es requisito necesario y suficiente la autografía total aunque carezcan de firma y de fecha, a diferencia del *olographum* y el *chirographum* que requieren, además de la autografía, firma y fecha o solo firma, respectivamente.

El artículo 1.228 C. c. admite que: «Los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad; pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen».

Y la S. 5 febrero 1908 declara que el papel, encontrado entre los del finado, en que se consigna una obligación unilateral, ha de cumplirse en los términos que quiso establecerla.

Sobre esta base el mismo ilustre jurista, razona que:

«El artículo 1.228 del C. civil, que regula la fuerza probatoria de los instrumenta domestica, o papeles privados, establece que «únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito (o contra sus herederos) *en todo aquello que conste con claridad*».

«Ha de constar con claridad:

»1.º La *autoría* del documento. Está fuera de toda duda que el autor de la valoración de ...áñez es el mismo causante. Su autografía es indiscutida.

»2.º Los *destinatarios*. Son los que han de «hacer el reparto de mis bienes», esto es, los contadores-partidores.

»3.º El alcance de las palabras y el propósito con que fueron escritas.

«Dice el testador: «Valoración de ...áñez, que *deberá tenerse en cuenta* al hacerse el reparto de mis bienes.»

«La diaphanidad de la frase no puede ponerse de buena fe en duda.

»a) «*Valoración de ...áñez*». El objeto y la significación del documento queda patente. Es un acto de *valoración*, un acto singular de partición, de los que el mismo testador enumera en la cláusula séptima como integrante de las operaciones testamentarias: inventario, *avalúo*, liquidación y adjudicación. Un acto de *avalúo* o *valoración* es lo que con toda claridad quiere hacer, y así lo expresa el testador: *valoración de ...áñez*. El testador, al hablar de *valoración*, no ignora que está realizando un acto *para* la partición, *para* «el reparto de mis bienes», dice.

»b) «*Que deberá tenerse en cuenta*». Aquí el testador expresa con toda energía, —*que deberá*— su voluntad de que tenga fuerza de obligar dicha valoración, que vincule a los que tienen que hacer el reparto de sus bienes. No es un consejo, ni una opinión; es una orden. En contra de ella, los contadores incurrirían en un acto nulo. La voluntad del testador es ley.

13.—*Valoración de ...errea*.

«Otro documento autógrafo del testador es la «Tasación de la finca denominada ...errea de ...ita.»

«En principio, son exactamente aplicables a este documento todas y cada una de las consideraciones que hemos hecho a propósito de ...áñez, tanto las derivadas del artículo 1.056 del C. civil, como las derivadas de las palabras del testador.

»La *diferencia* está en que el tenor del documento de ...errea denuncia claramente que es *copia* de otro documento al parecer firmado por R... Z... Sin embargo, ciertas palabras sitúan al documento original de R... Z... en posición de oferta. La copia autógrafa del testador ¿implica aceptación?

»*Oferta*. El documento original de don R... Z..., al parecer decía: «La presente hoja, no sé si encontrará aceptable por tasación de ...errea, por lo tanto queda a su criterio subir o bajar». Este carácter de *oferta* consta desde luego con claridad.

»*Aceptación*. La aceptación por el testador, *haciendo suya* la valoración de ...errea de ...ita ¿se puede deducir del hecho de que dicho testador copiara de su puño y letra el documento original de R... Z...?

»Desde luego puede *deducirse*; más por las facultades interpretativas de los contadores: pero ya no consta explícitamente del tenor literal del documento como en el otro documento de «valoración de ...áraz», en que, en documento original y no en *copia*, claramente dice el testador, «*que deberá tenerse en cuenta al hacerse el reparto de mis bienes*». Estas palabras, tan claras y terminantes del documento de valoración de ...áraz, u otras análogas, faltan totalmente en el documento de valoración de ...errea.

»Los contadores-partidores tienen en este caso necesidad de *interpretar* la voluntad del testador, lo que no es ni siquiera posible en el documento de valoración de ...áraz.»

En cambio, el prestigiosísimo profesor y letrado que dictaminó a solicitud de otros cinco herederos, formuló su opinión contraria con estas palabras:

«Como simples papeles privados que deban de producir los efectos que determina el artículo 1.228 del Código civil, tampoco puede atribuírseles eficacia alguna en perjuicio de determinados herederos. Y ello porque el artículo 1.228, relativo a la prueba de las obligaciones, bien claramente establece que «los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad...». Sirven, pues, para imponer a quien los suscribe una determinada obligación que deberá cumplir frente a otra persona. Pero no puede ampliarse su esfera de acción tratando de extender sus efectos a terceras personas que no los han suscrito, como ocurriría en este caso, en el que no crearían obligaciones para el que los suscribió, sino para algunos de sus herederos frente a otros. En este sentido, dice MANRESA (*Comentarios al Código civil*, 5.^a ed., tomo VIII, vol. II, págs. 199 y ss.): «De esta consideración —se refiere a la de tratarse de documentos personalísimos e íntimos— y del precepto legal, se deducen dos consecuencias importantes: la una, que basta con que los papeles estén escritos por el mismo a quien pueden perjudicar; la otra, que cuando estos documentos aparezcan escritos por distinta persona, no harán prueba ninguna, a no ser que la parte para quien fueran adversos los hubiese firmado haciéndolos suyos de este modo, y siendo en tal supuesto y no en otro, necesaria la firma para la eficacia del expresado documento, porque sólo mediante ella pueden adquirir la condición de personalísimos en que se basan las disposiciones que comentamos». Únicamente en el supuesto de que en tales documentos el testador hubiese reconocido en su contra alguna deuda u obligación frente a otro, podría tener aplicación el artículo 1.228. Pero a los efectos de sostener que se trata de una tasación-partición que deba perjudicar a algunos de los herederos frente a otros, son en absoluto inoperantes los documentos aludidos y no puede invocarse aquel precepto.»

Por nuestra parte, queremos hacer observar que del artículo 672 C. c., que alude a las cédulas y papeles privados a efectos *mortis causa*, puede deducirse la ineficacia a estos efectos de las notas autógrafas de que nos estamos ocupando.

Dice este artículo 672 que: «*Toda disposición que sobre institución de herederos, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.*»

De él se ha querido deducir, *sensu contrario*, que las cédulas o papeles privados que no contengan disposiciones sobre institución de heredero, mandas o legados no hace falta que reúnan los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo. Pero, es de observar, que un examen cuidadoso del artículo 672 convence de que este precepto exige dos requisitos: el segundo, es el indicado de la forma ológrafa, solo exigible para las cédulas o papeles sobre institución de heredero, mandas o legados; pero el primero y básico es el de *que sea referidos en el testamento* («Toda disposición que... haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados...»), aplicable a las disposiciones *mortis causa*, aunque no se trate de institución, manda o legado sino sólo de ejecución de las disposiciones del testador o de la partición de su herencia, pues de lo contrario se abriría un peligroso boquete a la garantía de madurez de certeza y de decisión firme que procuran las formalidades exigidas en las disposiciones testamentarias.

No se diga que con este criterio sacrificamos la esencia a la forma. No es así, sino que defendemos aquélla con ésta. En efecto:

¿Por qué el testador no dio forma de memorias testamentarias a las valoraciones que escribió, pero no distinguió con la contraseña prevista y ni siquiera autorizó firmándolas de su puño y letra?

El hijo asignatario del Señorío, cree intuir dos razones: Una, la preocupación del testador que, desconociendo cuánto tiempo de vida le quedaba, ignoraba, por tanto, las mutaciones de valor que podrían producirse. Otra, porque, de hacerlo con todas las formalidades legales, jurídicamente se impondría la capitalización al 4 por 100 de la renta líquida que él señalaba: y no consideró prudente obligarlo en esta forma. «Sin dar ese rigor formal —comenta dicho hijo en carta dirigida el 27 de octubre de 1961 al firmante de este dictamen—, deja al arbitrio y decisión de los contadores-partidores su capitalización al interés prudente que ellos consideren teniendo en cuenta —en el momento en que se verifique— el de las rentas de las tierras y fincas de Navarra.»

Es posible que sea así. Pero, de ser estas las razones, también pudo el testador haberlas expresado en la misma memoria testamentaria en que valoró a dichos efectos las fincas asignadas. No lo hizo y la duda permanece.

Insistimos en lo que ya hemos dicho al tratar del aspecto teleológico de la interpretación del testamento. El testador deseaba simultáneamente dos cosas hasta cierto punto incompatibles. Deseaba que sus hijos le heredasen por partes iguales y deseaba que su hijo primogénito le sucediera íntegramente en el Señorío de *...diaz*, sin que esto le obligara a enajenar una parte o le desnivelara el presupuesto familiar, al carecer de ahorros suficientes para compensar a sus coherederos las diferencias de adjudicación. Las valoraciones recogidas autógrafamente por el testador pero sin darles forma de memorias testamentarias ni firmarlas, confirman esa situación vacilante producida por la dificultad de colmar ambos deseos totalmente y a la vez.

No todos los deseos son refrendados por la voluntad. Toda persona que ha testado o piensa testar, ha tenido o tiene varios deseos que la voluntad no llegará a confirmar, sea por su imposibilidad o por su recíproca incompatibilidad. Entre los deseos que se expresan a los familiares y amigos íntimos y la voluntad que se plasma al testar, media un paso, pero un paso

separado por un abismo. El causante al redactar sus notas autógrafas sin duda deseaba la solución que en ellas desarrollaba, pero ¿llegó o no a quererlo decidida y firmemente? ¿Dio el paso definitivo que separaba su deseo de la decisión de voluntad firme, después de valorar todos sus pro y sus contra y de ponderar las dificultades que el incumplimiento de este deseo significarían a la realización de la completa igualdad entre todos los hijos, que también deseaba a la vez? Formalmente no lo dio; internamente no es posible saberlo, aunque más bien es de suponer que no lo dio, porque no llegó a dar forma de memoria testamentaria a esa solución, a la que pudo agregar todas las salvedades y previsiones que hubiese juzgado procedentes.

b) *Interpretativamente*, es decir, como medio extrínseco para deducir la intención del testador en punto a lo que el tenor del testamento deja en la duda, es muy posible que las referidas notas autógrafas puedan ser valoradas, especialmente por los albaceas contadores-partidores, a pesar de la falta de valor autónomo de que adolecen según acabamos de ver. De ello vamos a ocuparnos ahora, estableciendo una distinción entre la interpretación de la voluntad sustancialmente dispositiva del testador y la referente a su realización particional.

2) La aclaración de la *voluntad sustancialmente dispositiva* del testador, según el tenor de su testamento, la hemos dejado pendiente en el punto donde ésta parece inconciliablemente contradictoria. Se trata de la duda acerca del abono del exceso de adjudicación a los demás herederos en el caso previsible de que la valoración de ...áñez excediera de la parte viril correspondiente. Hay una regla general de igualdad; una precisión de que debe completarse la parte de los asignatarios de fincas concretas; a la par que un absoluto silencio de la hipótesis de que, en lugar de defecto, hubiere exceso de valor en alguna de las previas asignaciones, y, en fin, una reiteración —«insiste el testador»— de que los lotes «serán completamente iguales, no obstante las anteriores adjudicaciones a cuenta». ¿Aclaran la duda, esas valoraciones autógrafamente consignadas por el testador?

No dudamos de que el testador las formuló preocupado al saber, posteriormente a haber otorgado el testamento abierto, que el valor en venta de ...áñez posiblemente podía exceder del correspondiente a un séptimo de su herencia líquida. Luego veremos hasta qué punto pueden indicar un criterio querido por el testador para la valoración que los albaceas contadores-partidores deben realizar. Ahora lo que tratamos de apreciar, es si en caso de que, con el criterio valorativo que los contadores-partidores deberán adoptar, resultase valorada en más de una séptima parte del caudal líquido de la herencia alguna de las asignaciones verificadas por el testador, debería o no el asignatario abonar ese exceso a sus coherederos que lo recibieran de menos.

Sin perjuicio del criterio valorativo que las notas autógrafas indiquen, y que puede disminuir la probabilidad fáctica del exceso, lo cierto es que en nada nos facilitan un criterio para resolver dudas sustantivas. Siendo así, hemos agotado todas las posibilidades para resolver la antinomia cuestionada, y no tenemos más remedio que volver a la única posible solución que el criterio lógico nos brindaba. Una regla general clara, ratificada e insistida después de hacer las asignaciones concretas, no puede quedar desvirtuada por el

hecho de no haberse previsto un supuesto posible (exceso de una asignación sobre la cuota del asignatario), aunque el supuesto contrario (defecto de la asignación) haya sido previsto. Por tanto, *sin perjuicio del criterio valorativo que los contadores-partidores deban adoptar, atendiendo siempre la intención del testador, creemos que de haber exceso respecto la cuota de su adjudicatario en el valor de los bienes adjudicados, éste debería abonar a sus coherederos en metálico, el montaje de lo que recibiera de exceso.*

3) La voluntad del testador *referente al modo de evaluar los bienes* por él valorados en sus notas autógrafas sin duda puede y debe ser interpretada teniendo en cuenta como elemento auxiliar dichas valoraciones.

Los contadores-partidores no deben considerarlas como una orden, dadas las razones antes expresadas al rechazar su eficacia como *schaedulae domesticae*. No parece que el testador haya concretado en ellas su deseo —difícil de compatibilizar con otro expreso deseo suyo— en una voluntad imperativa.

Sin embargo, nos parece evidente que indican un criterio, marcan una pauta, que de modo ponderado deben tener en cuenta los contadores-partidores, armonizándolo con el otro deseo del testador de que los lotes de sus hijos sean iguales.

No llegamos a deducir qué deba entenderse que el testador haya excluido otro criterio valorativo que no sea el de capitalizar la renta. El motivo de nuestra opinión sigue siendo el mismo, el testador no llegó a imponerlo, no formalizó su voluntad en este sentido. Pero, en cambio, creemos que los contadores-partidores deben tenerlo en cuenta dándole la debida importancia, atendiendo a la que el testador le concedió.

El testador no llegó a imponer su voluntad en esta cuestión, tal vez porque —insistimos— no llegó a decidir definitivamente su criterio, pero mostró su inclinación por un criterio, una intención no decidida, pero sí a la que su deseo se inclinaba.

La clave del dictamen se halla, pues, en la determinación del criterio valorativo, pero antes de entrar en esta cuestión, nos queda por dilucidar si los contadores partidores pueden y deben tener en cuenta los deberes morales que del testamento, las notas autógrafas y la misma conducta del testador puedan dimanar para alguno de los asignatarios, y por determinar el momento al que, a efectos particionales, debe referirse el avalúo. Seguidamente examinamos, por orden sucesivo, ambas cuestiones.

D) *¿Son valorables por los contadores-partidores, los deberes morales derivados de los deseos e intenciones deducibles en las decisiones del testador o en sus notas autógrafas?*

Se trata de una cuestión que no hemos visto estudiada por ningún autor.

Sin embargo sí que se ha estudiado la eficacia del pago verificado por el comisario o por el albacea de las obligaciones naturales del causante. La Ley 32 de Toro la aceptó, al decir que: «*el tal comisario mandamos que pueda descargar los cargos de conciencia del Testador que le dio el poder...*» ESCRIBAN: («Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia», vol. II —Madrid 1874— pág. 443) explicó: «*descargar la conciencia: satisfacer las obligaciones de justicia que pesan sobre alguno. Se descarga la conciencia del testador cuando se pagan sus deudas o se satisfacen sus obligaciones morales.*»

¿Qué decir del Código vigente? —ha preguntado AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN («El cumplimiento *post-mortem* de las obligaciones naturales», en An. Ac. Matr. del Not. X, pág. 46). El problema no ha sido objeto de atención especial por legislador —explica—, «sin que por ello deba entenderse que haya sido rechazada su viabilidad». Y termina concluyendo que, «como dice la Sentencia de 11 de junio de 1905, los albaceas deben respetar y cumplir la voluntad del testador siempre que no perjudique los derechos de los herederos forzosos».

En nuestro caso, nos preocupa una cuestión parecida pero no idéntica. No es cuestión de obligaciones morales del causante. De lo que se trata, en primer lugar, es de determinar si no obstante no haber impuesto el testador como obligaciones civiles exigibles, la conservación y mejora de ...áñez «como el testador lo ha conservado y mejorado» (que solo ha *recomendado* a su asignatario en la cláusula 5, letra A de su testamento) ni la continuación de las prestaciones a la Iglesia y a la escuela y demás donativos, que recogió entre las cargas de ...áñez en la nota autógrafa de valoración de esta finca, los solos hechos de la recomendación y de la colocación en la partida de cargas al hacer la valoración, unidas al riguroso cumplimiento que el testador realizó en vida de esas cargas, supone la posibilidad de ser estimadas como obligaciones naturales por los albaceas contadores-partidores y tomadas en cuenta por éstos a efectos de valorar la adjudicación de quien moralmente debe, a juicio de ellos, cargar con su continuación.

Creemos que en este, como en general en cualquier otro punto, los albaceas contadores-partidores tienen un amplio campo para valorar la voluntad del testador, al ejecutar sus últimos deseos y, por tanto, creemos posible que consideren como carga deducible a efectos particionales los deberes morales que estimen deba cumplir el heredero al que se refieran y de cuyo voluntario cumplimiento por éste no dudó el testador.

E) Momento en que han de ser valorados los bienes integrantes del caudal partible, en general, y, específicamente, en el caso de existir asignaciones predeterminadas por el testador.

Para la computación del caudal para cálculo de las legítimas y para determinar la oficiosidad o inoficiosidad de las donaciones y legados la ley señala imperativamente el momento en que debe verificarse la valoración de los bienes relictos o de la cosa donada.

En cambio, salvadas las legítimas, el testador que goza de autonomía para distribuir los bienes mejorando o favoreciendo en otra forma a alguno de los llamados, además de imponer su criterio valorativo, puede evidentemente también determinar el momento al que la valoración debe referirse. Pudo, pues, el causante imponer que la valoración de las fincas asignadas se refiriera a la fecha de sus notas autógrafas. Pero, como antes hemos visto, no impuso dichas valoraciones; ni tampoco que tuvieran que referirse a dicha fecha las que hicieren los contadores-partidores de las fincas en cuestión.

A falta de determinación por el testador del momento al que debe referirse la valoración de los bienes de su herencia, la comunidad de riesgos entre los coherederos en indivisión señala como criterio más justo el de determinar la

valoración en el momento de la partición. Este criterio, resulta también del artículo 1.074 C. c., que al determinar la posibilidad de rescisión por lesión de la partición, atiende —para apreciar la lesión— o cuál era «el valor de las cosas *cuando fueron adjudicadas*».

Sin embargo, cuando el testador asigna bienes concretos a determinados herederos, esos bienes asignados quedan fuera de la masa sometida a comunidad de riesgos, para afectar su *periculum* y su *commodum* exclusivamente al asignatario. Estos bienes no llegan a entrar en la comunidad hereditaria. Cuando muere el testador quedan individualizados y aunque integran su herencia no han llegado a integrar nunca la comunidad hereditaria. Así como los demás bienes salen de ésta al partir, los asignados testamentariamente no llegan a entrar porque al morir el testador quedan ya individualizados. Por eso su valoración y la del resto del caudal, a efectos de juzgar su relación con la correspondiente cuota hereditaria del asignatario, ha de referirse siempre a la fecha de la muerte del testador.

Así, en el caso que dictaminamos los contadores-partidores deberán realizar dos valoraciones referidas a momentos distintos.

Una de todo el caudal *referido a la muerte del causante para determinar si los bienes por éste asignados cubren exactamente, no alcanzan o sobrepasan la cuota de su respectivo asignatario y la proporción en que quedan en defecto o en exceso*.

Otra en el *momento de partir*, para distribuir los demás bienes no asignados entre quienes corresponde, según el criterio que el artículo 1.074 indica para juzgar la justeza de las particiones. Criterio evidentemente justo en tanto que dada la comunidad de riesgos entre los comuneros sería injusto atribuir retroactivamente a uno solo los detrimentos o los incrementos producidos durante la indivisión.

No se crea que este criterio difiere del que resulta del artículo 1.074 C. c. Al contrario, concuerda con el mismo. Si el testador adjudica u ordena la adjudicación de algún bien concreto en la cuenta del haber de un heredero, la adjudicación queda realizada en el mismo instante de deferirse la herencia, es decir, en el instante de la muerte del testador, dado el efecto retroactivo de la aceptación (art. 989 C. c.). Sin perjuicio, es claro, de la ulterior determinación particional del montante de los excesos que, dada la coincidencia de fechas de adjudicación y fallecimiento del causante, deberá referirse a este día. Ahora bien, valorados en ese día los bienes asignados específicamente, habrá que valorar también en la misma fecha los demás a efectos de determinar el montante de la respectiva cuota que cubran los asignados y, en su caso, cuál es el exceso que representen.

Vamos a referir este criterio al supuesto que dictaminamos:

...*dlaz*, ...*errea* y los demás bienes del Valle de E... y la casa ...*ela* sólo han de valorarse a la fecha del fallecimiento del testador, a cuya fecha también ha de referirse una valoración de los demás bienes relictos a efectos de determinar el exceso o el defecto de aquellas adjudicaciones; si se da el primero, para reintegrarlo en metálico a la masa, y si el segundo, para cubrirlo con otros bienes.

La cosa es evidentemente justa. Si la casa ...*ela* o cualquiera de las de ...*dlaz* o ...*ita* hubieran resultado seriamente siniestradas, o si el monte de

...éstez se hubiese quemado totalmente, el riesgo hubiese tenido que recaer en el adjudicatario. Igualmente, los incrementos del bosque en nuevos árboles o en crecimiento de los existentes o los beneficios de la expansión de Pamplona han de correr exclusivamente a cuenta —el *commodum* igual que el *periculum*— del adjudicatario determinado por el testador.

En cambio, para distribuir el caudal restante y para completar las cuotas de los lotes no cubiertos totalmente con la asignación testamentaria, habrá que determinar otra valoración de los bienes aún no asignados con referencia a la fecha en que se adjudiquen. No sería lógico ni admisible que los contadores por su cuenta y a su elección asignaran por su antiguo valor igual entonces, a unos herederos unos bienes que hoy tienen menos valor del que tuvieron cuando murió el causante y a otros herederos bienes que ahora tengan mayor valor del que en aquella fecha habían tenido, siendo así que todos los coherederos interesados en la masa común, como cotitulares de la masa indivisa, comparten todos los riesgos favorables y adversos de cada uno de los bienes que la integran. No pueden asignarse a unos herederos los resultados favorables y a otros los adversos, de unos bienes que están en común, hipótesis contrapuesta a la de individualización previa de los riesgos que significa la asignación predeterminación de bienes concretos para un heredero hecha por el testador.

Por lo tanto: Primero, hay que valorar todos los bienes a la fecha de la muerte del testador. Hecho esto, debe compararse el valor de los bienes asignados con el correspondiente, en la misma fecha del óbito, a la séptima parte correspondiente al asignatario. Si hay exceso en alguna asignación, ese exceso queda transformado en una deuda dineraria a pagar en metálico por quien lleve el exceso. En las asignaciones que no cubran la cuota hay que hallar la proporción de la cuota que quede sin cubrir: v. gr., $1/3$, $1/5$, tantas centésimas, x milésimas, etc.

Luego, hay que volver a valorar el día de partir los restantes bienes, para distribuirlos, juntamente con el montante de la compensación dineraria antes fijada, a prorrata de las cuotas por cubrir, unas íntegramente y otras en la determinada proporción o porcentaje antes fijados.

F) *Criterios para realizar el avalúo en las particiones y ámbito de discrecionalidad de los contadores-partidores para la fijación del criterio valorativo que estimen más de acuerdo con la intención del testador.*

Hace ya tiempo que nos ocupamos del problema de los criterios de valoración a efectos particionales. Repetiremos solo algunas de las observaciones que dejamos escritas en nuestros Apuntes de Derecho Sucesorio (II, § 3, C, págs. 195 y s.):

«Es sabido que el concepto de valor es relativo. GODE («Curso de Economía política», traducción al español de CARLOS DOCTEUR y JOSÉ MUÑOZ ESCÁMEZ —8.^a ed., París, 1932—, págs. 59 y ss.), transcribiendo a RICARDO, el que califica como el más profundo pensador de la ciencia económica, afirmó: «Cada hombre tiene su módulo particular para apreciar el valor de sus gozes, y este módulo es tan variable como el carácter humano». Científicamente, después de transcurridos ochenta años, desde que STUART MILL afirmó

que la teoría sobre valor había quedado completa con sus conclusiones, el citado GIDE, calificando de temeraria esa afirmación, nos confiesa que «son innumerables las teorías nuevas sobre el valor, sin que pueda afirmarse que ninguna de ellas sea definitiva». Tenemos un valor en uso, un valor de producción, un valor de reproducción (es decir, por el coste de producción en el día de la fecha de una cosa igual a la valorada), un valor en renta, un valor en cambio. Y cada uno de estos valores es igualmente relativo: subjetivo el primero, variables casi todos los demás según las circunstancias de tiempo, lugar, oportunidad, etc., o según los intereses concretos que tengan comprador y vendedor, o la necesidad sentida por éste y por aquél.

«Tratándose de disposiciones de Derecho necesario la ley no puede dejar los problemas de valoración, que puedan plantearse, a la particular apreciación de una sola de las partes interesadas. En esos supuestos la valoración debe hacerse lo más objetivamente posible. En caso de entablarse el litigio será el juzgador quien deberá resolver, atendiendo a las cotizaciones y demás datos oficiales o a las tasaciones hechas por peritos ritamente nombrados.

«Pero en el campo de la libre disposición del causante no hay razón para imponerle ningún criterio de valoración, aunque sea más objetivo que el suyo. Su voluntad es ley de la sucesión, tanto para disponer, como para asignar bienes, como para valorarlos...»

Ahora, debemos preguntar, ¿de qué ámbito disponen los contadores-partidores para determinar el valor de los bienes partibles? ¿Gozan de la misma autonomía que el testador, limitada tan sólo por la voluntad del propio testador expresada en sus instrucciones o determinada a través de su interpretación, atendiendo a su intención dentro del margen que, para su apreciación, corresponde a los mismos contadores-partidores, según hemos visto?

Es sabido que el artículo 1.074 del Código civil admite la rescindibilidad de las particiones por lesión de más de una cuarta parte; que en Navarra ha de ser de más de la mitad, según la ley 1.^a, título 37, libro 2.^o de la Novísima Recopilación Navarra. También hemos visto que para la partición hecha por el testador, resulta del artículo 1.075 C. c., según la opinión más común y el criterio dominante en la jurisprudencia, que no parece admisible ni posible aquella rescisión, si no hay lesión en las legítimas, más que en el caso que *aparezcan o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador*.

¿Jugará, respecto de la partición verificada por contadores-partidores la rescisión por lesión de más de un cuarto o de más de la mitad si se trata —como en nuestro caso— de una sucesión regida por la ley navarra?

La doctrina parece dividida en este punto.

MUCHUS SCALVOLIA (*Código civil comentado y concordado extensamente*, vol. XVIII, Madrid 1901, art. 1.057, págs. 292 y ss.), SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho Civil*, VI-III, Madrid 1910, 53, b, pág. 2002), A. MAURA (*Dicámenes*, I, dict. núm. 4, págs. 78 y s.), CLEMENTE DE DIEGO (*Dicámenes*, III, dict. núm. 50, págs. 608 y ss.) han opinado que sólo cabe rescindir la partición hecha por los contadores-partidores si lesiona alguna legítima o contraría la voluntad del testador, atribuyéndosele el mismo valor que la hecha por éste —que el artículo 1.056 C. c. define al decir que *se pasará por ella*—, reputándola a todos los efectos jurídicos como practicada por el

propio testador, en cuanto la voluntad de éste sea fielmente obedecida y debidamente interpretada.

Por el contrario, MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, T. VII, 6.^a ed., revisada por BONET RAMÓN, Madrid 1943, arts. 1.056, 1.060, pág. 664) y LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Derecho de Sucesiones. Parte General*, cap. XV, § 65, núm. 394, pág. 507) creen que la partición hecha por el contador-partidor no cae en el ámbito del art. 1.075, sino del 1.074 (que en Navarra sería el de la citada ley, tít. 37, lib. 2.^o de la Novísima Recopilación).

El Tribunal Supremo, en S 2 noviembre 1957, ha considerado «que la partición practicada por el Comisario designado por el causante es válida como acto unilateral, sin necesidad de que los herederos la aprueben con su consentimiento, porque el Código civil no exige tal requisito, y *debe ser aplicable lo dispuesto en el artículo 1.056 respecto a la partición que haga el testador*».

Poco después, la S. 14 diciembre 1957, ante un recurso, que rechazó y en el cual se alegaba la infracción del artículo 1.075 C. c., consideró que «no basta para [apreciar si hay lesión para las legítimas] la tasación que haya practicado un perito, *sino la estimación que de ésta, como uno de tantos elementos de juicio, haga el comisario contador con arreglo a las facultades conferidas por el testador*, todo esto aparte de que no en todos los casos de lesión, según los artículos 1.074, 1.075, 1.077 y 1.079 del Código civil, procede la rescisión».

Recientemente, la S. 24 marzo 1961, consideró que «no se ha justificado en el caso actual que los contadores con su valoración hayan ocasionado al recurrente una lesión en más de una cuarta parte, para que la partición se rescinda, atendiendo al valor de los bienes cuando le fueron adjudicados, que es lo que realmente ha perseguido el procedimiento». Y, en el anterior considerando, esta misma sentencia razonó que: «si se tiene en cuenta que en el juicio de testamentaría se produjeron cuatro tasaciones completamente dispares, y aun en el procedimiento de que dimana este recurso, una cuarta en cantidad inferior a todas las anteriores, y aun a la fijada por los contadores, la Sala de instancia pudo aceptar la de éstos como la más equitativa, *al no existir norma legal alguna de carácter sustantivo o procesal que obligue a los contadores facultados por el testador para tasar los bienes hereditarios a atenerse al dictamen del perito dirimente...*»

Sin embargo, en el supuesto que dictaminamos, los contadores-partidores, mucho más que conocer su autonomía desean que se les indiquen orientaciones y criterios respecto de la práctica del avalúo que deben efectuar.

Acabamos de ver lo que dice la jurisprudencia acerca de la no sumisión del contador-partidor a la estimación pericial ni siquiera a la del perito dirimente. Por lo demás, en la doctrina se habla muy vagamente del modo de hacer el avalúo.

Con referencia general a la partición y sin referirse, por tanto, a la hecha por contador-partidor, SÁNCHEZ ROMÁN dice y nos lo recuerdan LACRUZ y SANCHO (núm. 401, pág. 525), que «una norma práctica de gran utilidad es ajustarse en este avalúo a los conceptos y tipos de liquidación del impuesto de derechos reales y sobre transmisión de bienes, para evitar que pueda la

Hacienda rechazar las valoraciones hechas», SCAEVOLA (vol. cit., *Apéndice II*, páginas 538 y ss.) sigue esa misma directriz.

A. MAURA (*Dict.*, núm. 7, págs. 198 y ss.) —más concretamente para una partición a verificar por contadores— dictaminó que: «Para señalar las estimaciones no están sujetos los contadores a ninguna facultad preceptiva; pueden asesorarse de peritos cuando lo conceptúen conveniente, o guiarse por su propio juicio, señaladamente cuando les cercioren del acierto el costo de la adquisición, o el amillaramiento, o la capitalización de los réditos, o una razonable ponderación que resuelva o promedie la disparidad, de estas condiciones, u otras análogas. Siempre convendrá que en un *supuesto* o en otro lugar de las operaciones expliquen los contadores-partidores, bien el fundamento de los avalúos si los acuerdan por sí propios, bien el informe pericial si lo adoptan como guía».

El prudente consejo de MAURA de promediar los criterios de valoración es sin duda temperador. Pero tampoco puede asegurarse que sea siempre el más correcto, porque en ciertos casos la naturaleza o el destino de las cosas puede aconsejar la aplicación, para cada una, de un criterio único o la desestimación de alguno o de varios.

Vamos, pues, a abordar más concretamente el problema con referencia a los bienes de cuya valoración más se discute.

Comencemos por la casa llamada *...errea*, del lugar de *...ita*, «también con todos sus muebles, cuadros, armas y enseres que se encuentren dentro de su muros, así como toda la hacienda que tiene el otorgante en este Valle de B...» El testador en el apartado B) de la cláusula quinta de su testamento, ordenó que fuera adjudicado a su hija primogénita A, agregando a su nombre la siguiente explicación: «única que ha permanecido soltera, y que de otro modo se encontraría sin casa». No ofrece duda, por lo tanto, que el tenor del testamento claramente expresa que el testador, al hacer la adjudicación de dicha casa, pensó en favorecer a la asignataria, y en facilitarle habitación, aunque fuera como refugio subsidiario. Por consiguiente, no cabe admitir valoración alguna que le sea perjudicial, pues esto no pudo quererlo el testador. La única forma de cumplir la voluntad del testador, nos parece que consiste en valorar la casa con todos sus muebles y enseres por su valor en uso, *in concreto*, es decir, atendiendo a su situación (en *...ita*, no en Madrid ni en Pamplona) y a la persona a quien se destina.

Lo mismo que respecto de éste, tampoco creemos que los demás edificios sitos en el campo (sea en *...ilaz* o en otras fincas) puedan ser valorados atendiendo a su valor de construcción (que, dada su antigüedad y la continua desvalorización de la moneda, nominalmente resultaría ahora muy exiguo) ni por el de reconstrucción en fechas actuales (seguramente excesivo en proporción a su utilidad), ni que sea fácil fijarles un valor en renta ni en venta (dependiente de circunstancias muy casuales, ya que no es lo mismo aprovechar el capricho de un aspirante a comprador, que tener necesidad ir en su busca dentro del reducido círculo de posibles compradores de casas señoriales sitas en pequeños lugares que no están de moda) o, por lo menos, fijarlo con separación de sus tierras.

En toda clase de bienes, si están arrendados no es admisible prescindir de

esta circunstancia que, hoy día, influye evidentemente en el valor, no solo en utilización y aprovechamiento, sino también en venta de la cosa arrendada.

A este propósito, conviene repasar la circunstancia de que, al fallecer el causante, las tierras de ...*álaz* se hallaban arrendadas por unas rentas muy bajas. Atendiendo esa circunstancia, su valor en renta, ¿debe tomarse en relación precisamente a esas rentas que efectivamente se percibían?, o ¿con referencia al que normalmente produjeran las fincas de igual calidad y en proporción a su extensión? o ¿al que se podría obtener con su explotación directa y personal? Para contestar a estas preguntas, hay algo que no puede olvidarse: si al fallecer el testador existían arrendatarios, no se puede prescindir de esta circunstancia ni de que para obtener la libertad de los fundos normalmente es necesario realizar determinados trámites, agotar plazos e incluso seguir y ganar litigios, o bien obtener la libertad mediante la satisfacción de indemnizaciones a los colonos. Todo lo cual ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar las posibilidades, que nunca pueden ser cifradas si no es como problemáticas, es decir, por debajo de lo real y efectivo. El mismo criterio parece que debe aplicarse a todas las demás tierras que se hallen en iguales circunstancias.

Por otra parte, tampoco debe olvidarse con respecto a las valoraciones en renta, el hecho de que usualmente en el mundo económico no se pide igual rentabilidad para una clase de bienes que para otra, atendida la mayor seguridad que unos representan y la menor de los otros, a su distinta susceptibilidad de sufrir las consecuencias de la depreciación de la moneda, etcétera, etc.

Con respecto al mobiliario hay que tener muy presente la diferencia de las ofertas que quienes se dedican a comerciar con muebles antiguos hacen, según traten de comprar o de vender.

En resumen, la cuestión es muy compleja y casuística, aunque tampoco pueda ser olvidada la visión de conjunto, a fin de que los criterios aplicados en un caso no arrojen una valoración que en relación a las otras practicadas resulte desequilibrada y, por ende, injusta. Los contadores-partidores deben tener en cuenta todos los criterios, ponderar las diversas circunstancias *con su propio criterio*, en el que *precisamente* confió el testador, y procurando siempre *compatibilizar con equidad* los deseos que éste no llegó a concretar en una fórmula que los armonizase a su plena satisfacción, en especial respecto a la valoración de ...*álaz*.

CONCLUSIONES

PRIMERA. —La cláusula quinta del testamento del causante parece contener una contradicción que, agotados los medios de interpretación en busca de la intención del testador — porque probablemente deriva de la contradicción de dos deseos inarmonizables por lo menos plena y totalmente—, sólo puede resolverse lógicamente a favor de la regla general reiterada de igualdad en cuanto a la esencia de la disposición.

SEGUNDA.—No cabe atribuir a las valoraciones autógrafas sin fecha ni

firma ni contraseña, valor de testamentos ológrafos, de memorias testamentarias, de partición *inter liberos* ni de *schaedulæ domesticæ*, ni darles valor interpretativo a los efectos sustantivos de eliminar toda compensación en metálico en caso de exceso de adjudicación, pero sí, en cambio, deben tenerse en cuenta a efectos ejecutivos o particionales, aunque no en el sentido de estimarse —a efectos particionales— impositivos del valor dado ni siquiera del criterio de valoración por renta, sino como demostrativos e indicativos de una tendencia u orientación deseada por el testador que los contadores-partidores no pueden dejar de estimar en la medida efectiva en que juzguen armonizables todos los deseos del testador.

TERCERA.—Los contadores-partidores se hallan investidos de amplias facultades para la interpretación de la voluntad del testador, y, en caso de ser impugnada su interpretación, solamente podrá prevalecer sobre ella la del reclamante, si aquélla resultare evidentemente contraria a la verdadera voluntad del testador.

CUARTA.—Igualmente, siguiendo las instrucciones del testador, tienen amplia autonomía de criterio para valorar las adjudicaciones, sin que los herederos tengan posibilidad de impugnación más que en caso de que los contadores al hacerla hubieren contravenido la intención del testador. En nuestro caso, no cabe la posibilidad de impugnar por lesión de las legítimas, dada la amplia libertad de testar que se disfruta en Navarra y el carácter simbólico de la legítima en este régimen foral. Y no creemos posible —en más casos que el indicado— la impugnación por lesión, que en Derecho navarro debería ser *ultra dimidium* (de más de la mitad).

QUINTA.—Al interpretar la voluntad del testador, en cuanto a su ejecución particional, los contadores-partidores deben tener en cuenta los criterios indicativos señalados por éste, en especial los que aparezcan expresos, como el relativo a cuál era su intención al disponer la adjudicación que hizo a favor de su hija primogénita, e incluso creemos que han de tener en cuenta los deberes morales que la aceptación de alguna de las adjudicaciones presuponga para el heredero asignatario, según la intención del testador y la confianza puesta por éste en aquél.

SEXTA.—El avalúo de los bienes específicamente asignados solo ha de referirse a la fecha del fallecimiento del causante e igualmente el del resto del caudal a efectos de determinar si aquéllos cubren o no la cuota parte del asignatario y, en su caso, cuál es el déficit o el exceso de la asignación, con el fin de traducir éste en una deuda dineraria a reintegrar a la masa o bien fijar en qué proporción ha de cubrirse aquél con otros bienes. Y, los bienes no especialmente asignados han de valorarse, otra vez, de nuevo en la fecha en que se adjudiquen, a fin de distribuirlos entre quienes no tengan, en todo o en parte, su cuota cubierta con asignaciones testamentarias de bienes concretos.

Tal es el dictamen que gustosamente someto a cualquier otro mejor fundado.

Madrid, 17 de noviembre de 1961.