

La conmutación en bien no dinerario del usufructo hereditario por el representante del heredero

Por ANTONIO SOTO BISQUERT

Notario de Valencia

SUMARIO: I. DELIMITACION DEL TEMA.—II. BASES PREVIAS.—1. *La posición jurídica de los llamados a la herencia antes de la partición.*—2. *La partición de herencia.*—3. *La conmutación de usufructo.*—a) En general.—b) Supuestos concretos legalmente regulados.—III. LA CONMUTACION EN BIEN NO DINERARIO.—1. *Posturas doctrinales.*—2. *La jurisprudencia.*—3. *Teoría que se sostiene.*— a) Expresión general.—b) La capacidad.—c) Refutación de argumentos en contrario.—d) La representación voluntaria.

I. DELIMITACION DEL TEMA

La conmutación del usufructo viudal hereditario ha sido, evidentemente, estudiada por la doctrina, centrándose, fundamentalmente, en la regulación establecida antes en el artículo 838 y hoy en el 839, ambos del Código civil, para el limitado supuesto que recoge.

De otra parte, la aplicación práctica de la norma no parece haber ocasionado hasta ahora mayores problemas, como demuestra la escasa jurisprudencia existente sobre el particular.

Sin embargo, últimamente, la implantación del divorcio vincular en la sociedad ha determinado que se produzca con una cierta frecuencia el supuesto de concurrencia en la herencia de hijos del primer matrimonio del fallecido con el cónyuge viudo de segundas nupcias, siendo aquéllos menores de edad y representados por el padre divorciado del causante. Esta situación puede producir —y de hecho produce— tensiones mayores que en el caso de que el cónyuge de segundas nupcias lo haya sido tras el fallecimiento del anterior, motivadas, dejando aparte las relaciones personales, por la defensa de los intereses económicos respectivos.

Es, por ello, absolutamente razonable que, en trance de partición de la herencia, se acuerde acabar con ese estado y de modo definitivo, sin prolongarlo para el futuro con la persistencia de un usufructo viudal que significaría la continuidad de una relación personal y patrimonial que no se desea. Lo que se logra por medio de la conmutación de dicho usufructo.

El estudio de la viabilidad de la conmutación en bienes diferentes del dinero y muy especialmente en inmuebles, y la posibilidad de la aplicación en ella del instituto de la representación constituyen el objeto de este trabajo.

II. BASES PREVIAS

Resulta necesario recordar, aunque sea sucintamente, las ideas básicas acerca de la posición jurídica del llamado a la herencia antes de la partición, de esta misma y de la conmutación, para llegar a una correcta solución de la cuestión que nos ocupa.

1. La posición jurídica de los llamados a la herencia antes de la partición

Nos encontramos, por definición, al tratar un supuesto de concurrencia de cónyuge viudo con al menos un heredero, en una situación de comunidad hereditaria. Y ello es así porque, cualquiera que sea la tesis que se sostenga acerca de la naturaleza del derecho de usufructo del viudo, tanto cuando consiste únicamente en la legítima como en caso de ser de cuantía superior por disposición testamentaria, es siempre el cónyuge superstite un partícipe en la comunidad sobre la herencia que deriva necesariamente del llamamiento de más de una persona a la totalidad o parte alicuota de la misma (1).

En la comunidad hereditaria, el copartícipe, sea heredero o legatario de parte alicuota, esté llamado a la propiedad, plena o nuda, o al usufructo, ostenta la titularidad de una cuota sobre un patrimonio, el relicto por el causante; que la ley (artículos 1.067 y 1.531 del Código civil) y la doctrina consideran como un todo contemplado de modo unitario, de tal modo que, como dicen Díez-Picazo y Gullón (2), las cuotas se proyectan en la titularidad de la masa hereditaria conceptuada como unidad, y no sobre todos y cada uno de los bienes o derechos que la componen. De ahí que en la cesión de herencia y de cuota hereditaria se atiende al patrimonio como un todo

(1) Así, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, 1986, Vol. IV, pp. 693 y ss.

(2) *Ob. cit.*, p. 694.

y no a las cosas concretas que lo componen, las cuales, como dice Roca Sastre (3), de ser contempladas, lo son no en sí mismas y aisladamente consideradas (*uti singuli*), sino como parte de un todo (*uti universitas*).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1958 afirma que la comunidad hereditaria, en cuanto recae directamente sobre la herencia en su unidad patrimonial, constituye una comunidad de tipo romano o por cuotas, ya que éstas se hallan configuradas como elementos patrimoniales y son negociables, mientras que respecto de las cosas o elementos singulares integrantes del patrimonio relicto, dicha comunidad de tipo romano no se reproduce sobre cada una de ellas, pues tales cosas son irrelevantes dentro de la indivisión patrimonial, de modo que cada una de ellas pertenece plenamente, en bloque o sin configuración de cuotas al mancomún de herederos. Doctrina confirmada por otras posteriores (Sentencias de 25 de noviembre de 1961, 11 de diciembre de 1964, 21 de marzo de 1968 y 21 de abril de 1971, entre otras), y, en tema de disolución de comunidad, por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de abril de 1986.

2. La partición de herencia

La naturaleza jurídica del negocio de partición de herencia es cuestión que debe considerarse definitivamente resuelta. Superando las tesis opuestas que le asignaban naturaleza declarativa o traslativa, a partir del estudio de Martín López (4), la doctrina y la jurisprudencia (5) han aceptado abiertamente la idea defendida por este autor de que la partición tiene naturaleza determinativa o especificativa de derechos, en cuanto transforma los derechos indeterminados o participaciones abstractas de los llamados a cuotas del patrimonio relicto en titularidades individualizadas y concretas sobre bienes determinados.

Esta peculiar naturaleza del negocio jurídico particional es la que determina la particular regulación legal en tema de capacidad, como más adelante hemos de ver.

(3) ROCA SASTRE, R. M.: *Problemas de la venta de herencia*, Madrid, 1953, p. 9.

(4) MARTÍN LÓPEZ, J.: *Carácter y efectos de la partición de herencia*, en «RDP», 1936, pp. 81 y ss.

(5) Puede verse un resumen de toda esta materia en LACRUZ BERMEJO, J. L., y SÁNCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Elementos de Derecho civil*, V, «Derecho de sucesiones», 1981, pp. 129 y ss.

3. La conmutación de usufructo

a) *En general*

De un modo genérico, el acto de conmutación de usufructo puede ser considerado de modo aislado, como negocio jurídico independiente o integrado dentro de un negocio más amplio de disolución de la comunidad recayente sobre un patrimonio, contemplado o no unitariamente.

El negocio jurídico de conmutación de usufructo sobre un bien concreto en cuya virtud nudo propietario y usufructuario convienen la extinción del derecho del segundo mediante su conversión en el pleno dominio sobre parte del mismo bien o sobre otro, es negocio perfectamente lícito y admisible, al amparo del principio de libertad negocial y de la consideración doctrinal de que la lista de causas de extinción del usufructo del artículo 513 del Código civil no es cerrada y pueden ser admitidos otros supuestos no recogidos en ella (6).

Tal contrato tiene claramente naturaleza de acto de enajenación y exige, por tanto, la capacidad necesaria para este tipo negocial, sin que ninguna razón doctrinal ni legal inclinen a otra solución.

Lo mismo debe predicarse, obviamente, cuando el acto de conmutación se integra dentro de un negocio de disolución de comunidad cuando éste recae sobre un conjunto de cosas que no se consideran unitariamente, sino solamente agrupadas sin pérdida de su individualidad.

Pero no cabe decir exactamente lo mismo cuando el acto conmutativo forma parte de un negocio cuyo objeto es disolver la comunidad existente sobre un patrimonio configurado como una universalidad, pues entonces la naturaleza jurídica de la partición, como negocio general, prima sobre la de los actos concretos que lo componen, quedando absorbida ésta por aquélla, en cuanto la conmutación no es fin en sí misma, sino medio de cumplimiento del objetivo particional, y sin que su propia índole se oponga a la naturaleza específica del negocio de división. Concretaremos estas ideas en la parte final de este estudio.

b) *Supuestos concretos legalmente regulados*

En el Código civil nos encontramos con los siguientes casos objeto de normativa específica:

1. Artículo 839, antes 838.

(6) Cfr. DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, bajo la dirección de Manuel Albaladejo, T. VII, Vol. 1, pp. 400 y ss.

Precepto dotado de una cierta generalidad, regula la concurrencia de cualesquiera herederos y cónyuge, facultando a los primeros para satisfacer al segundo «su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial».

2. Artículo 840.

En su actual redacción contempla el caso de concurrencia del cónyuge viudo con hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos y que sean los únicos herederos forzosos, autorizando al cónyuge a «exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho, a elección de éstos, asignándole un capital en dinero o en un lote de bienes hereditarios».

3. Artículo 820.3.

Que para el caso igualmente general de concurrencia de legitimarios con legatario de usufructo —sea o no cónyuge— concede a los primeros, cuando el valor del usufructo se tenga por superior a la parte disponible, el derecho a «escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador».

4. Aunque no es tema de herencia, es de interés recordar un supuesto de conmutación inverso al que estudiamos regulado actualmente en el artículo 1.407, al dar al cónyuge en la disolución de la sociedad de gananciales la facultad de que se le atribuya, en pago preferente de su haber y a su elección, el derecho de uso o habitación en el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión y, en caso de muerte del otro cónyuge, en la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

5. Prescindimos, dada la limitación del tema, de la posible aplicación del espíritu que inspira la normativa de los artículos 841 y siguientes, en cuanto se refieren a disposiciones del testador o del contador-partidor expresamente autorizado por él.

6. Por último, y por la misma razón, nos limitamos a citar la norma del artículo 88 del Código civil que permite el convenio de sustitución de la pensión fijada judicialmente en separación o divorcio por una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

III. LA CONMUTACION EN BIEN NO DINERARIO

1. Posturas doctrinales

El tema de la conmutación del usufructo viudal en general y en bien no dinerario en particular ha sido, por supuesto, estudiado por

la doctrina, centrándose principalmente en la normativa del artículo 838, hoy 839, del Código civil.

De esos trabajos destacamos, por la profundidad de su estudio y por constituir un correcto resumen de toda la cuestión, los de Mezquita y Gullón Ballesteros, quienes sostienen, en la materia que nos ocupa, posiciones contrapuestas.

Mezquita del Cacho (7), tras citar la doctrina mayoritaria en Francia, partidaria de considerar la conmutación del usufructo viudal como acto particional con la consecuente aplicación de las reglas sobre capacidad en materia de particiones, se inclina por estimar que la conmutación del entonces artículo 838 del Código civil «no es estrictamente una operación particional, porque no es, en rigor, negocio jurídico, sino un acto de pago, de satisfacción de un derecho sucesorio singular naturalmente conexo o incidental a la partición, pero independiente de ella». Pero añade que, de todos modos, «no existe diferencia sensible entre la capacidad para el pago de derechos sucesorios particulares y la que se exige para los actos particionales estrictos, por lo cual, en rigor, no tenemos nada que oponer al criterio de la doctrina citada, cuya conclusión, por lo demás, estimamos aplicable a nuestro Derecho».

En cambio, no examina el autor la posibilidad de conmutación en bienes no dinerarios, al centrar su estudio en el precepto legal y entender que «la enumeración de modalidades solutorias de este precepto es de «*numerus clausus*». Se trata de una facultad excepcional y unilateral, insusceptible de ampliación: de lo contrario, el precepto sería inútil. Si caben otras formas —infinitas— de conmutación, su adopción exigirá un acuerdo contractual con el cónyuge superstite, cuya voluntad tendrá, en el acuerdo, la significación negociada de que carece en los actos estrictamente comprendidos en el artículo 838». Y cuando trata de la capitalización en efectivo la refiere al pago de un capital en dinero.

Gullón Ballesteros (8), por el contrario, discrepa de la tesis de la conmutación como acto de pago, entendiendo que es algo más, «en tanto que el cónyuge tiene derecho a algo tan importante como pedir la partición hereditaria y concurrir a la aprobación, en su caso, de la partición»; si bien, ello no quiere decir que la conmutación tenga que efectuarse siempre y necesariamente como operación particional.

Y defiende este autor la posibilidad de conmutación en bienes muebles o inmuebles como algo avalado por el propio Código civil, cualquiera que sea la interpretación que se dé a la expresión «capital en efectivo» del artículo 839. Basándose para ello, de una parte, en que

(7) MEZQUITA DEL CAHO, J. L.: *Conmutación del usufructo viudal común (análisis del artículo 838 del Código civil)*, en «RDN», 1957, enero-marzo, pp. 213 y ss.

(8) GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo*, en «ADC», 1964, pp. 583 y ss.

el entonces artículo 840 permitía a los hijos legítimos satisfacer la cuota de los naturales en dinero u «otros bienes» de la herencia, criterio que, por analogía, es de aplicación aquí, y, de otra, en que si «la conmutación del usufructo legal obedece a la necesidad de que el cónyuge conserve la posición económica que el matrimonio tuvo, parece que en una época amenazada por el fantasma de la inflación resulta más acorde con aquella finalidad la entrega al cónyuge de bienes no expuestos a una desvalorización lenta y progresiva».

2. La jurisprudencia

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta materia en su conocida Sentencia de 28 de junio de 1962.

El supuesto de hecho era el de una partición de herencia con conmutación en inmuebles hereditarios del usufructo viudal y en la que el heredero menor de edad estaba representado por su defensor judicial.

La Sala de Instancia estimó que el concepto «capital en efectivo» del artículo 838 del Código civil debía entenderse como capital en dinero y que el defensor judicial del heredero menor de edad carecía de facultades para hacer o convenir la adjudicación en propiedad de bienes hereditarios y menos de inmuebles a la viuda, considerando que no es un acto estrictamente particional, sino de disposición de ellos sin las formalidades legales.

Y el Tribunal Supremo confirma tal decisión porque «el sentido lexicológico de la expresión “capital en efectivo” no tiene otro alcance que el que la Sentencia recurrida le atribuye», y porque «con relación a las atribuciones del defensor judicial para poder convenir en una adjudicación en pleno dominio de bienes determinados de la herencia al cónyuge supérstite, no se cita con eficacia en el motivo ningún precepto o doctrina legal que lo autorice, pues el artículo 838, único que se aduce como infringido, sólo permite las tres formas de pago que indica, la de la renta vitalicia, los productos de bienes determinados, o el capital en efectivo en el concepto que antes se ha expresado, pero no incluye la que el recurso propugna de la adjudicación en pleno dominio de bienes inmuebles, sólo posible entre herederos mayores de edad conforme el artículo 1.058 del Código, o, a la sumo, en el caso extraordinario... de que todos o en su mayor parte los bienes relictos fueran improductivos».

Gullón (9) critica la doctrina de esta Sentencia, que califica de incongruente, en cuanto no se ve la relación que pueda guardar el supuesto de bienes improductivos con la adjudicación en inmuebles en trance de conmutación. La improductividad será una circunstancia

(9) *Ob. cit., loc. cit.*, pp. 611 y s.

que autorice al cónyuge para pedir la conmutación, de acuerdo con el 839, pero no es, en sí misma, la razón de la admisión de esta forma de conmutación que, como hemos visto, este autor acepta.

Suele citarse también la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1960 en cuanto niega al Contador partidador la facultad de conmutación, de lo que quiere deducirse que el acto de conmutación no es acto de partición. Sin embargo, y aun siendo, por supuesto, correcta la doctrina de tal Sentencia, no lo es esa interpretación, ya que el hecho de que el Contador partidador no tenga la facultad de realizar la conmutación en ninguna forma, admitida o no por el artículo 839 del Código, no es una cuestión de capacidad, sino simplemente de competencia: en modo alguno puede el Contador partidador —o el albacea— tomar una decisión, la de conmutar, que no le compete, sino que corresponde a los herederos, conjuntamente o no, según el caso, con el viudo.

3. Teoría que se sostiene

a) *Expresión general*

La tesis que aquí se defiende discurre por el siguiente camino argumental:

1. El artículo 839 del Código civil es un precepto excepcional, en cuanto confiere a una sola de las partes interesadas, los herederos, las facultades de decidir la conmutación y elegir el medio de efectuarla, necesitando únicamente el común acuerdo, de herederos y cónyuge, para las valoraciones del usufructo y del objeto con que se le sustituye; en este sentido, la mejor doctrina y, desde luego, los dos autores antes citados.

2. Por ello, en el supuesto que este precepto regula, no caben más medios de conmutación que los que él mismo establece; y si bien es correcta la crítica antes recogida de Gullón a la Sentencia de 28 de junio de 1962, es lo cierto que la locución «capital en efectivo» no permite gramaticalmente acoger en ella a bien distinto del dinero.

3. De todos modos, debe quedar claro que el acto de conmutación dentro de los límites del artículo 839, en cuanto depende de una doble decisión de los herederos acerca de su realización y efectuación, no es «acto de partición» en sentido estricto, pero sí es «acto de la partición» en cuanto se integra en ella.

4. La conmutación en bienes distintos del dinero, por tanto, sólo podrá hacerse cuando exista acuerdo en todo el proceso conmutativo entre herederos y usufructuario. Y ello porque, al rebasar los confines del artículo 839, entran en juego las normas generales de libertad negocial y de forma de cumplimiento de las obligaciones, conforme a las cuales, de una parte, se puede pactar todo lo que no sea contra-

rio a las leyes, a la moral ni al orden público (artículo 1.255 del Código civil), y de otra, nadie puede ser obligado a recibir cosa distinta de la debida (artículos 1.157 y 1.166 del Código civil).

5. Así entendida, la conmutación tiene la amplitud total de que carece la que regula el artículo 839; se refiere a todos los herederos y a todos los usufructuarios, cualquiera que sea su título, legal o voluntario, y a toda clase de bienes, muebles o inmuebles. Pero con una doble limitación: la conmutación debe efectuarse dentro del entero negocio de partición y efectuarse con bienes hereditarios; caso de faltar alguno de estos requisitos será un negocio propio e independiente de la partición y, por tanto, se regirá por su propia normativa.

7. Refuerzan la tesis las siguientes consideraciones:

a) Es de aplicación aquí la misma idea que respecto del artículo 839 defiende Cámara (10), para quien «el fundamento objetivo de la facultad de conmutación se encuentra en el deseo de brindar fórmulas que permitan evitar los inconvenientes que puedan derivarse de una situación de dominio dividido».

La diferencia radica en que en el supuesto del precepto legal es el propio legislador quien previene y resuelve tales inconvenientes, mientras que aquí son los mismos interesados los que valoran su existencia y les dan solución.

b) El argumento de Gullón, antes recogido, referido al artículo 840 del Código civil, adquiere mayor fuerza en la redacción actual de este precepto, al conceder al cónyuge que concurre con herederos forzosos hijos sólo de su consorte y concebidos durante el matrimonio de ambos, el derecho a exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho, a elección de estos, en dinero o «un lote de bienes hereditarios».

Lo que reconduce la conmutación, para este caso concreto y por norma legal, al negocio de partición, que es aquel en el que se forman los lotes de bienes como concreción de las cuotas abstractas.

c) Lo mismo cabe decir del supuesto que regula el artículo 820.3 del propio Código al conferir a los herederos forzosos, cuando la cuantía consiste en un usufructo cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, la facultad de escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario «la parte» de que podía disponer libremente el testador; o sea, llevando a la partición la solución o pago de la conmutación elegida.

8. En conclusión pues:

El acto de conmutación sobre bienes hereditarios de cualquier naturaleza, voluntariamente acordado y realizado en la partición de la herencia, es acto que se integra dentro de ésta y se rige por la norma-

(10) CÁMARA ALVAREZ, M. DE LA: *Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, en «Centenario de la Ley del Notariado», 1964, Secc. III, Vol. I, pp. 709 y ss., en especial pp. 970 y ss.

tiva a ella aplicable, sin que, al carecer de entidad propia y separada, le afecte ninguna otra norma que, indudablemente, le sería de aplicación si se realizara fuera del contexto particional.

b) *La capacidad*

Así entendido, no hay, en punto a capacidad, norma alguna especial que rijan el acto de conmutación, y son de aplicación las reglas generales de la partición de herencia, conforme a las cuales:

1. Basta con que los herederos mayores de edad tengan la libre administración de sus bienes (artículo 1.058 del Código civil).

2. El menor emancipado no precisa de ningún complemento de capacidad al no estar incluida la partición de herencia entre las restricciones del artículo 323 del Código civil.

3. Los menores de edad no emancipados o incapacitados sujetos a la patria potestad, estarán representados por el padre o padres titulares de la misma, o por el defensor judicial en caso de intereses opuestos (artículos 162 y 163 del Código civil), sin que en ningún caso sea necesaria la aprobación judicial (artículo 1.060 del Código civil y Circular de la Fiscalía del Estado de 25 de abril de 1985 y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de abril de 1986).

4. Los sujetos a tutela o curatela son representados por el tutor, curador o defensor judicial según los casos, quienes necesitan de autorización judicial para realizar la partición y la aprobación también del Juez una vez practicada (artículo 271.4 del Código civil).

5. Por el ausente intervendrá su representante, quien no necesita en ningún caso de aprobación judicial (11).

Regulación ésta que es aplicable a todo supuesto de partición convencional cualquiera que sea el acto de conmutación que se integre en ella, tanto si, según la tesis que se defiende, se ampara en el principio general de libertad negocial, como si constituye alguno de los casos regulados por la Ley. Así, para el supuesto del artículo 820.3 del Código civil, Sapena (12) se remite a las reglas generales de capacidad para la partición de la herencia.

(11) Así lo defiende BALLESTER GINER, E.: *Derecho de sucesiones. Aspecto civil y fiscal*, 1988, p. 234, discrepando de la opinión de Roca Sastre para quien la aprobación judicial es necesaria si el representante del ausente no es descendente, ascendiente o cónyuge.

(12) SAPENA TOMÁS, J.: *Viabilidad del usufructo universal del cónyuge viudo: su inscripción registral*, en «RCDI», 1974, pp. 861 y ss.

c) *Refutación de argumentos en contrario*

Ahora bien, la existencia de herederos menores, incapacitados o ausentes, y la concurrencia a la partición de sus legítimos representantes, ¿puede variar estas soluciones?

Distinguiremos los siguientes aspectos:

1.º La naturaleza jurídica de la partición.

El hecho de que en la partición convencional los no capaces estén representados por aquel a quien legalmente le corresponda, no puede hacer variar su naturaleza ni transformarla en acto de disposición. Así, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 1962, aun cuando de modo incidental, asimila la partición del artículo 1.058 del Código civil con la del 1.060, considerando que ambas tienen naturaleza contractual y están sujetas a los principios generales del régimen de los contratos.

2.º El artículo 1.061 del Código civil.

Impone este precepto que «en la partición de herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie».

El estudio de esta norma se ha hecho fundamentalmente por la doctrina en sede de partición por comisario mientras que en tema de partición contractual suele afirmarse, sin más, que no rige cuando ésta se verifica por los herederos mayores y capaces (13), dando a entender que sí es aplicable en los demás supuestos de partición convencional y, por tanto, en caso de intervención del representante legal de menores, incapaces o ausentes.

Hoy, sin embargo, tras la reforma del artículo 1.060 del Código por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y la amplia interpretación que a él dan la antedicha Circular de la Fiscalía del Estado y la Dirección General de los Registros y del Notariado, no es totalmente seguro que pueda defenderse ese criterio, al menos en los supuestos que caen en el campo de aplicación de ese artículo.

Pero, aun con independencia de ello, no debe darse al precepto en su empleo una rigidez que en absoluto resulta de su mismo texto.

Así, Vallet de Goytisoló (14) nos dice que «los mismos términos del artículo 1.061», «posible igualdad», «evidencian que la norma no tiene un carácter absoluto. Quiere el precepto que cada heredero obtenga bienes de cada clase según la diversa naturaleza de los que integren la masa hereditaria, pero supeditado ese criterio a la posibilidad que determinen sus mismas circunstancias»; lo que, como señala el mismo autor, viene confirmado respecto de la mejora al remitirse a

(13) Así, por ejemplo, LACRUZ BERMEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Elementos de Derecho civil, Derecho de sucesiones*, 1981, p. 142.

(14) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, I, p. 874.

ese artículo —y al 1.062— el 832 del Código «en cuanto pueda tener lugar... para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes».

Y de ahí, la amplia interpretación que a la norma da la jurisprudencia del Tribunal Supremo (15).

Evidentemente, esto es así. El artículo 1.061 lo que hace es fijar un principio general: debe procurarse la igualdad en la composición de los lotes en cuanto sea posible; y da un medio: hay que atender a las características de los bienes que integran el caudal hereditario y, concretamente, a su naturaleza, su calidad y su especie, complementado (artículo 1.062) por su divisibilidad material o económica.

Y si bien los términos «naturaleza» y «especie» tienen carácter objetivo, no así el concepto «calidad», cuyo amplio significado queda a la interpretación de los intervinientes en la partición, obligando a todos aunque, sin perjuicio, naturalmente, de la posible impugnación posterior, incluso por vía de rescisión por lesión, por el que se considere perjudicado en su derecho.

En definitiva, pues, la partición convencional con intervención de representantes legales de herederos es válida y eficaz frente a todos. Sin que a nadie le sea posible enjuiciar, salvo impugnación por algún interesado, el modo o grado de cumplimiento de las prescripciones del artículo 1.061 del Código.

Postura diferente parece sostener, sin embargo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de noviembre de 1986, que, en un supuesto de división de cosa común en la que ésta se adjudica íntegramente en pleno dominio a uno de los copropietarios a calidad de abonar a los demás su parte en metálico, siendo unos de ellos menores de edad representados por su madre, usufructuaria a su vez de la cuota de éstos, afirma que «es doctrina reiterada de esta Dirección General, resultante de los artículos 1.059 a 1.062 del Código civil, la de que en las particiones debe salvarse, siendo posible, la homogeneidad de los lotes, y que sólo en los casos de indivisibilidad o “grave desmerecimiento” puede excepcionarse aquella regla, sin que por ello se altere la naturaleza del acto que seguirá siendo particional; mas cuando la heterogeneidad de los lotes no obedezca a las razones objetivas apuntadas, sino a la libre voluntad del o de los otorgantes, la naturaleza dispositiva trascenderá al acto, con las consiguientes repercusiones en el régimen jurídico aplicable, y en especial y por lo que al supuesto debatido se refiere, en materia de capacidad y representación».

Pero, dejando aparte la crítica negativa que la Resolución merece, lo bien cierto es que no afecta a la tesis que aquí se sostiene dado el supuesto de hecho a que se refiere, en cuanto, de una parte, se

(15) Cfr. SS. de 16 de junio de 1902, 30 de enero de 1951, 13 de junio de 1970, 8 de febrero y 30 de noviembre de 1974 y 25 de junio de 1977.

trata de división de cosa común y no de un patrimonio, y, de otra, es un caso regulado por el artículo 1.062 y no por el 1.061.

3.º La intangibilidad de la legítima.

En el caso de que el heredero gravado con el usufructo que en trance de partición se conmuta sea legitimario, puede plantearse la cuestión de si ello afecta al principio de intangibilidad de la legítima.

Claro está que no se produce con la conmutación ningún ataque a la legítima. Sin necesidad de entrar en la naturaleza y función de la legítima, es lo cierto que la partición convencional realizada por el representante legal del heredero que es a la vez heredero forzoso equivale a la realizada por el heredero mismo, y, por tanto, es una división libremente consentida en que cada heredero recibe los bienes en que se concreta su cuota, forzosa o no, en cuantía y en composición, sin que pueda existir, pues, violación de la intangibilidad, cuantitativa o cualitativa, de la legítima, ni directa ni indirectamente, dado que el heredero forzoso recibe en pago de su cuota bienes de la herencia, y la conmutación del usufructo se realiza igualmente con bienes hereditarios. Tanto es así, que de ningún modo puede decirse, a efectos de reserva viudal, que el cónyuge cuyo usufructo se conmuta recibe los correspondientes bienes de los herederos o de los parientes del difunto en consideración a éste, como acertadamente rechaza Puig Brutau (16).

4.º La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962.

Por último, tampoco es argumento en contrario esta Sentencia, que antes hemos recogido extensamente.

Y no lo es, además de por las razones que hemos visto expone Gullón, porque aun cuando emplea expresiones de gran amplitud («hacer o convenir la adjudicación», «convenir en una adjudicación»), lo bien cierto es que todo el fundamento de la decisión se basa en la inaplicabilidad del entonces artículo 838 del Código, «único que se aduce como infringido», mientras que la tesis que aquí se mantiene se apoya y cimenta en otras normas legales y excluyendo precisamente la aplicación de ese artículo.

d) La representación voluntaria

Si en la partición de herencia en la que se integra la conmutación de usufructo concurre algún interesado por medio de representante voluntario, la normativa de los artículos 1.712 y 1.713 del Código civil, vista a la luz de las ideas expuestas, nos lleva a las siguientes conclusiones:

1.^a El poder general es bastante en cuanto comprende todos los negocios del mandante.

(16) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, 1964, V, III, p. 256.

2.^a El poder especial para partición de herencia es suficiente, aun cuando no mencione expresamente la facultad de conmutar, dado que la conmutación es acto de la partición integrado en ella.

3.^a El poder concebido en términos generales es también bastante en cuanto comprende los actos de administración, no siendo la partición de herencia acto de enajenación.

En cuanto a la forma del apoderamiento, la aplicación del artículo 1.280.5 del Código civil determina la necesidad de que se solemnice en escritura pública.