

II. DICTAMENES

Dictamen sobre validez de partición contenida en testamento

CONSULTA

A. murió dejando testamento, del cual interesa destacar las siguientes cláusulas :

Segunda. «Declaro haber estado casada en únicas nupcias con B. de cuyo matrimonio tengo cuatro hijos, C, D, E y F, habiendo fallecido después de mi finado esposo mi hija G, en estado de casada y sin sucesión. *A mis expresados hijos vivos los instituyo por mis únicos y universales herederos, con derecho de representación en sus respectivos descendientes.*»

Tercera. «Y, haciendo uso de la facultad que me confiere el artículo mil cincuenta y seis del Código civil, y teniendo en cuenta que al fallecimiento de mi marido, por ser todos mis hijos menores de edad no les hice entrega de la herencia paterna, y por no haberla reclamado éstos a su mayoría de edad y emancipación se halla aún ésta intacta, lo mismo que la parte ganancial de la sociedad conyugal; y, siendo mi deseo hacer la liquidación de los bienes que constituyen dicha herencia, ganancial y otros bienes de mi propiedad que poseo por herencia y compra en estado de viuda, entre mis mentados hijos, y al objeto de fraccionar dichos bienes lo menos posible, para evitar su desvaluación, *hago división conjunta de todos, sin tener en cuenta la procedencia de los mismos, que distribuyo en la siguiente forma:*». (Siguen los cupos que la testadora adjudica a cada uno de sus hijos.)

Quinta. «Prohíbo la intervención judicial en mi testamentaria, y si alguno de mis herederos la promoviere, o no se conformare con la participación que dejo hecha de mis bienes y los de mi esposo, por ese mero hecho quedará privado de toda participación en los tercios de libre disposición y mejora, que acrecerá a los sumisos y conformes.»

Séptima. «Como pudiera darse el caso de que alguno de mis herederos no se conformase con la partición que dejo dispuesta por este testamento y reclamare por distribuirles en el mismo los bienes de la herencia de mi finado esposo, si esto ocurriese, nombro contadores partidores y liquidadores, solidarios, a X y a Y, con las facultades inherentes a tal cargo.»

Pocos años después de la muerte de la testadora se presentó demanda para celebrar acto conciliatorio entre E, como demandante, y C, D y F, como demandados, en la que el primero adujo que los cuatro fueron instituidos por su madre únicos y universales herederos *a partes iguales*, con excepción de ciertos legados hechos a favor de C, y F, en el último testamento, donde la testadora hizo la partición de todos sus bienes propios y gananciales, así como de la parte de éstos y propios de su fallecido marido, y que en dicha partición, *además de adjudicarse bienes que no eran propios de la testadora, no se ha guardado la posible igualdad*, pese a la buena voluntad de la testadora, bien porque ésta desconociese los valores de cada uno de los predios, bien por otros motivos, por lo

que se observa en algunos cupos, entre ellos el de E, importante lesión en relación a los demás, por lo que se está en el caso de hacer una nueva partición con arreglo a las formalidades legales.

Celebrado el acto de conciliación sin que se lograra avenencia, el consultante E formula las siguientes preguntas :

Primera.—¿Qué validez tiene la partición de los bienes hecha en el testamento?

Segunda.—¿Qué cauce ha de seguirse, en definitiva, para impugnar con seguridad dicho testamento-partición?

PLANTEAMIENTO

Se trata, pues, de saber con firmeza, en primer lugar, qué valor y alcance tiene el testamento-partición de A y, en segundo lugar, por qué camino ha de impugnarse: dos cuestiones íntimamente relacionadas entre sí, a las que procuraremos dar respuesta a lo largo de este escrito.

Para mayor claridad, estudiaremos en distintos apartados los diversos puntos de vista desde los cuales puede considerarse dicho testamento ineficaz o inoficioso, ya que hay que partir de la base de que se trata de una disposición testamentaria *válida* como tal, es decir, que no es nula por defecto de alguno de los requisitos legales *ad substantiam*. Parece, en efecto, que en nuestro caso se observaron todas las formalidades exigidas para la validez del testamento abierto (artículos 694 y 695 del Código civil).

Por último, analizaremos detenidamente el valor de la cláusula quinta del testamento.

I

INVALIDEZ DE LA PARTICIÓN HECHA POR ÚLTIMA VOLUNTAD DE LA TESTADORA CON BASE EN HABERSE ASIGNADO EN ELLA BIENES AJENOS

«Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la *partición de sus bienes*—dispone el artículo 1.056 del Código civil en su párrafo 1.º—, *se pasará por ella*, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.»

De la frase que hemos subrayado de propósito se desprende ya de forma clara que para que se pase por la partición hecha por el mismo testador, *inter vivos* o *mortis causa*, hace falta que *se trate de bienes propios del testador* («de sus bienes», dice terminantemente el precepto). Y como en nuestro caso la testadora declaró expresamente que, haciendo uso de la facultad que confiere el artículo 1.056 del Código civil, hacia división conjunta de todos los bienes (propios del marido, comunes o gananciales y propios de ella por haberlos adquirido mediante herencia y compra en estado de viuda), sin tener en cuenta la procedencia de los mismos (Testamento, cláusula tercera), es evidente que se excedió usando de un poder o facultad que el Código tan solo concede al testador con relación a sus bienes. Por consiguiente, debe tenerse por inválida o ineficaz, según el art. 4.º del Código civil, a cuyo tenor «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez».

Pero, sobre todo, dicha invalidez resulta del hecho de que la testadora, al hacer la partición, incurrió en error de Derecho, creyendo que le estaba permitido proceder como procedió. Ahora bien, según el artículo 1.073 del Código civil, «las particiones pueden rescindirse (1) por las mismas causas que las obligaciones», de donde se desprende que pueden ser privadas de efectos mediante la anulación cuando en ellas intervenga error (art. 1.265 C. c.), ya sea de hecho o de derecho—como entiende la mejor doctrina (2)—, con tal que aquél sea esencial, esto es, que constituya la causa principal o determinante del negocio. Tal ocurre en el supuesto que estamos considerando, pues es manifiesto que la testadora no habría querido hacer la partición como la hizo si hubiera sabido que el artículo 1.056 únicamente le facultaba para partir los bienes de su propiedad.

Atacada la *partición* contenida en el testamento de A por el cauce señalado en este epígrafe, quedaría en pie la *disposición* (3) establecida en la cláusula segunda del mismo testamento, en virtud de la cual la referida señora instituyó como únicos y universales herederos a sus cuatro hijos vivos. Procede, por tanto, hacer nueva partición de los bienes propios de la testadora por partes iguales, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 765 del Código civil «los herederos instituidos sin designación de partes *heredarán por partes iguales*».

Razonando de este modo tendríamos que, como la suma total de los bienes propios de la testadora asciende a 6.020.000,00 pesetas, cada uno de los herederos deberá percibir bienes concretos por el valor de 1.505.000 pesetas. En cuanto a los bienes propios del marido, valorados en 1.043.000 pesetas, también habrá que dividirlos por partes iguales, entre sus cuatro hijos, como herederos *ab intestato* del mismo, es decir, que cada uno de ellos deberá recibir bienes por valor de 260.750 pesetas. Y por lo que se refiere a los bienes comunes o gananciales, que suman 260.000 pesetas, habrá que proceder a su liquidación y división entre los mismos cuatro hijos, también por partes iguales, como herederos *ab intestato* y testamentarios de uno y otro cónyuge, o sea, que cada uno de los hijos deberá percibir bienes gananciales por valor de 65.000 pesetas.

(1) Justamente observa MARRERA (*Comentarios al Código civil español*, t. VIII, pág. 216) que «la palabra *rescisión*, en el artículo 1.073, hay que entenderla en un amplio sentido, como sinónima de quedar sin efecto la partición, es decir, como equivalente de ineficacia. Luego las particiones—según la ley—pueden declararse ineficaces por las mismas causas que las obligaciones».

(2) Vid. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, pág. 391; t. II, pág. 609; ARAGÓN PÉREZ, *El error de derecho*, en *Universidad*, vol. X (1935), págs. 1094 y siga., según los cuales el error de derecho es invocable en Derecho español como vicio del consentimiento. Y sobre todo, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, págs. 529-30, para quien en este punto la novedad más importante del Código civil español es la de no distinguir entre error de hecho y error de derecho al señalar al error como vicio del consentimiento en sus artículos 1.265 y 1.266.

(3) No se olvide que según entienden bastantes autores la interpretación del artículo 1.056 del Código civil tiene por base la distinción entre *disposición* (institución de herederos) y *partición* (asignación de bienes).

II

IRRELEVANCIA DE LA PARTICION TESTAMENTARIA CON RELACION A LOS BIENES AJENOS

Podría también entenderse con algún fundamento que la partición efectuada por la testadora es inoperante tanto con relación a los bienes de su difunto marido como a los bienes comunes o gananciales (4), pero no por lo que se refiere a los bienes propios, en virtud del principio general, vigente en nuestro Derecho, de la irrelevancia de los negocios sobre el patrimonio ajeno respecto al mismo (5). Una aplicación de tal principio se encuentra, para las enajenaciones de derechos reales, en la regla «nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet» (Fr. 54, ULPIANO, lib. XLVI, ad ed., Dig. de diversis regulis iuris antiqui, 50, 17) (6). Y, según opina la doctrina más autorizada, la partición, y más aún si es hecha por el propio testador, tiene naturaleza de acto traslativo (7), es decir, en nuestro caso implica una transmisión del testador al sucesor, por lo que en cuanto se refiere a bienes ajenos debe considerarse irrelevante o ineficaz.

Ni siquiera cabe en el supuesto objeto de nuestro dictamen hacer uso de las disposiciones sobre el legado de cosa ajena—que en realidad no significan una derogación del principio general «nemo das quod non habet», sino más bien su confirmación, pues el legado de cosa ajena tan sólo tiene una eficacia meramente obligatoria, no real (Cfr. arts. 861-864, 866, 875 y 878, Código civil—, porque el fin fundamental del art. 1.056 es hacer herederos y que éstos perciban bienes determinados, asignados por el mismo testador, lo cual no es lo mismo que suceder a título singular en calidad de legatario (8). Aunque se diga que en virtud de dicho artículo se sucede en bienes determinados, a pesar de ello, los así instituidos siguen siendo herederos—no obstante lo dispuesto en el artícu-

(4) En tanto que no se efectúe la liquidación y división de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, pertenecen *proindiviso* a ambos cónyuges, y si uno de ellos ya falleció, al otro conjuntamente con los herederos del premuerto. Mientras dure el estado de indivisión o comunidad no existen bienes propios, pues la titularidad de los mismos *in concreto* es común: cada uno de los comuneros tiene una parte de propiedad en cada cosa. Por tanto, toda disposición de dichos bienes implica una disposición del derecho ajeno.

(5) Vid. JORDANO BAREA, *La teoría de heredero aparente*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo III, fasc. 3 (1950), págs. 711-13; CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padua, 1936, págs. 17 y sigs. y 62 y sigs.

(6) Nuestra jurisprudencia ha reconocido expresamente la vigencia en nuestro Derecho de la regla «nemo dat quod non habet» (SS. T. S. 29 octubre 1915, 26 abril 1916, 7 enero 1926, entre otras).

(7) Vid. CASTAÑ, *op. cit.*, t. IV, págs. 211 y sigs. Apoya la tesis traslativista el artículo 1.068 del Código civil, según el cual «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados». La jurisprudencia se inclina también hacia este criterio. Así, las SS. de 11 junio 1897 y 29 enero 1916, invocando la Ley primera, Título XV, Partida 6.ª, y el artículo 1.068 del Código civil, establecen que la partición constituye un título traslativo de dominio a favor de los herederos.

Las dudas en cuanto a la exactitud del criterio traslativista, que han hecho a algunos autores propugnar un criterio intermedio entre éste y el declarativista—considerando la partición como determinativa o especificativa de derechos—, desaparecen en el caso de la partición practicada por el mismo testador, pues entonces no llega a existir comunidad hereditaria.

(8) ALMADRIDO GARCÍA, *Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. I, fasc. 3 (1948), pág. 460.

lo 660—, porque la ley reconoce ese poder al testador cuando es él quien efectúa la partición y desea que los que suceden en bienes concretos sigan siendo herederos (9). Los únicos legados que existen en el testamento en cuestión son los ordenados en su cláusula cuarta (10), que según el tenor literal versan sobre cosas propias de la testadora.

Hecha esta salvedad respecto de los bienes ajenos, que por lo dicho deben excluirse de la partición testamentaria—siendo caso de proceder a la división de los bienes propios del difunto marido entre sus herederos *ab intestato*, que son sus cuatro hijos, por partes iguales, y de los bienes comunes o gananciales entre los mismos cuatro hijos, también por partes iguales, como herederos *ab intestato* y testamentarios de uno y otro cónyuge, como ya hemos dicho—, resulta que la partición contenida en el testamento de A puede surtir efectos con relación a los bienes de su propiedad. Y entonces para su impugnación habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1.075 del Código civil, según el cual «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 de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador».

Se plantea, por tanto, un problema de interpretación conjunta de este artículo en conexión con el artículo 1.056, que abordaremos en el epígrafe siguiente.

III

IMPUGNACIÓN DE LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA RESPECTO A LOS BIENES PROPIOS POR CAUSA DE LESIÓN EN EL CASO DE QUE DISCREPE DE LA DISPOSICIÓN

Siguiendo las huellas de Sánchez Román, Albaladejo García, después de hacer un estudio detenido de los precedentes históricos y legislativos del artículo 1.075 del Código civil, así como de su interpretación doctrinal y jurisprudencial, llega a la conclusión de que según dicho precepto la partición hecha por el difunto puede ser impugnada por lesión en dos casos: 1.º *En el caso de que perjudique la legítima*. 2.º *En el que discrepe de la disposición* (11).

(9) Así opina ORTEGA PARDO, *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. III, fasc. 2 (1960) pág. 336.

Aun en la hipótesis de que fuera cierta la tesis aislada de aquellos autores que en contra de la *communis opinio* sostienen que los que suceden en virtud del artículo 1.056 del Código civil lo hacen a título particular, teniendo la condición de legatarios (así, por ejemplo, VALLER DE GOTTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, I en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. IV, fasc. 2, págs. 421 y sigs., especialmente pág. 531, y II, aun inédito), no habría hacer uso en nuestro caso de las disposiciones sobre legado de cosa ajena para justificar la validez, aunque sólo fuera meramente obligatoria, de las disposiciones del testamento de A, porque en el mismo existe una clara y expresa institución de herederos legítimos con asignación de bienes concretos, hecha en acto particional *mortis causa* por el propio testador (cláusulas segunda y tercera).

(10) «Lego a mis hijos C y F, a partes iguales, los frutos verdes recogidos y pendientes de recolección, ganados y demás animales domésticos de mi propiedad, carnes muertas, muebles de casa, enseres de la misma, ropas de todas clases, aperos de labranza, herramientas y, en fin, todo cuanto exista de puertas adentro de mi casa en donde actualmente habito, así como en los molinos y bodegas.»

(11) *Op. cit.*, págs. 262 y sigs.

Así, el verdadero sentido del artículo 1.056 sería el que señaló la Memoria anual del Tribunal Supremo correspondiente al año 1904, según la cual «el precepto de este artículo no tiene más alcance que el de poder hacer en vida lo que habría que hacer con una herencia después del fallecimiento de la persona de quien procede, bien para economizar este trabajo a los herederos, bien para realizar la adjudicación de los bienes de manera más conforme con la voluntad del testador».

Por tanto, el artículo 1.056 significaría, en primer lugar, que sólo puede partir el que dispone o instituye eficazmente. Significaría además que *la partición vale en tanto valga la disposición*. El que «se pasará por la partición en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos»—habida cuenta de que la partición ha de ajustarse a la disposición—querría decir que, si no es atacable por otras razones ajenas a la cuestión que estamos tratando (por ejemplo, por haber intervenido error de hecho o de derecho esencial, según se dejó escrito en el epígrafe I), *se pasará por ella en cuanto haya que pasar por la disposición que el testador haya realizado*, ya que por ésta hay también que pasar en cuanto respete la legítima. Por ello decía con acierto Sánchez Román (12) que la partición hecha por el testador no tiene en sí misma limitación alguna especial más que la de ajustarse al testamento, pues la que consigna el artículo 1.056 de que no se perjudique con ella la legítima, afecta en realidad a la *disposición* testamentaria y no a la *partición*.

De este modo, cuando el testador, al disponer, viola lo ordenado en el Código sobre la legítima, se concede al titular del derecho violado el poder de atacar la disposición, porque el Código es ley de los testamentos (disposiciones). Y cuando el testador, al partir, viola lo ordenado en el testamento respecto a la institución de herederos, se le concedería al perjudicado el derecho de impugnar la partición, porque el testamento es ley de las particiones. Y eso es precisamente lo que haría el artículo 1.075, al permitir, de un lado, atacar la partición por lesión en la legítima, *en el caso de que la partición se ajuste y concuerde con una disposición lesiva para la legítima* (ya que también es atacable tal disposición por no atenerse a su ley), y de otro, al permitir igualmente atacar la partición que discrepe de la disposición realizada en el testamento.

Fijado así el sentido y alcance del artículo 1.056, el artículo 1.075 respondería a la idea de que el testador en la partición debe respetar la disposición, o, para ser más exactos, respondería a la idea de que al momento de producir sus efectos, disposición y partición deben concordar y llevar ésta a aquélla verdaderamente a la práctica. Y como tratándose de un testamento-partición el momento que importa para juzgar las relaciones entre disposición y partición es aquel en que se produce la delación a favor de los instituidos, resulta que sería atacable la partición aunque concordase con la disposición al momento de redactarla si luego por cualquier causa (por ejemplo, cambio objetivo en el valor de los diferentes bienes) no se ajusta a ella en el momento de la delación.

Ahora bien, no se crea que esta doctrina debe llevarse hasta el extremo de no tolerar ninguna discrepancia por pequeña que sea entre disposición y parti-

(12) *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., t. VI, vol. III, págs. 2122.

ción, porque en aras del principio de la estabilidad de la partición hecha por el testador, que debe respetarse dentro de lo posible, y habida cuenta de la extraordinaria dificultad práctica de medir exactamente y sin lugar a dudas el valor de los distintos elementos de la futura herencia con el fin de que hasta en lo más mínimo fuese la partición un reflejo de lo dispuesto en el mismo testamento, hay razones de peso para considerar que la discordancia no es digna de tenerse en cuenta cuando la lesión que se produce no sobrepasa el límite del cuarto. Así resulta también de la interpretación sistemática del artículo 1.075, pues según el artículo 1.074, incluido en la misma sección del artículo 1.075, las particiones pueden ser rescindidas «por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas» (13). Es decir, jurídicamente no llega a existir discrepancia si el desacuerdo no supera ese límite legal.

Aunque por distinto camino, Albaládejo García llega a la misma conclusión que Sánchez Román sostenía de forma decidida (14). Con él afirma que la partición, hágala o no el testador, no suple al testamento, ni mucho menos se le antepone ni puede sustituirlo cuando, dentro de ciertos límites, no guarda conformidad con las disposiciones de aquél y se ajusta a ellas.

Las consecuencias jurídicas de la impugnación de la partición testamentaria por causa de lesión en más de la cuarta parte, en el caso de que discrepe de la disposición, serían las que señala el artículo 1.077:

«El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición.

La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio.

Si se procede a nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.»

Conviene tener en cuenta además que, según el artículo 1.076, la acción rescisoria por causa de lesión dura tan sólo cuatro años, contados desde que se hizo la partición, es decir, en nuestro caso, desde que ésta empieza a surtir sus efectos con la delación; y que, a tenor del artículo 1.078, no podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiere enajenado el todo o parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados.

* * *

Veamos ahora qué aplicación puede tener la doctrina expuesta al supuesto sometido a nuestra consideración.

Apuntábamos ya en el epígrafe I de este dictamen que la disposición o institución consignada en la cláusula segunda del testamento de A, en virtud de la cual la referida señora instituyó por sus únicos y universales herederos a sus cuatro hijos, debía entenderse hecha por partes iguales, aunque así no se diga expresamente, por mandato del artículo 765 del Código civil. Pero no es sólo

(13) Dijimos ya que tratándose de un testamento-partición no hay adjudicación hasta que tiene lugar la delación de la herencia, después de su apertura, por la vocación testamentaria.

(14) *Op. cit.*, págs. 1186 y sigs. y 1234.

eso, sino que lo mismo puede racionalmente presumirse con base en el propio testamento.

En efecto, en la quinta de las cláusulas testamentarias se dice que «si alguno de mis herederos... no se conformare con la partición que dejo hecha de mis bienes y los de mi esposo, por ese mero hecho quedará privado de toda partición en los tercios de libre disposición y mejora que acrecerá a los sumisos y conformes». Dejando a un lado de momento el problema de la validez de esta cláusula, que sólo usaremos a efectos de interpretación de la verdadera voluntad de la testadora, según el artículo 675 del Código civil, resulta de la misma que si *cualquiera de los herederos* puede verse privado de toda participación en los tercios de libre disposición y mejora, es porque, efectivamente, la testadora dispuso de ellos en favor de sus cuatro hijos; lo que dicho con otras palabras quiere decir que éstos heredaron *por partes iguales en todo el caudal hereditario de su madre*, de tal forma que su cuota comprende una cuarta parte del tercio de la legítima (legítima corta o estricta), otra cuarta parte del tercio de mejora (legítima larga) y otra cuarta parte del tercio de libre disposición. Así se explica que la testadora estableciera—no importa ahora con qué alcance—la sanción de la cláusula quinta de su testamento.

Por consiguiente, de acuerdo con todo lo dicho más arriba, para ver si procede la impugnación de la partición testamentaria por lesión en el caso de que discrepe de la disposición (pues ésta sería la «otra voluntad del testador», a que se refiere la última parte del artículo 1.075 del Código civil) (15), hay que partir de la base de que los herederos fueron instituidos por partes iguales, es decir, *en la cuarta parte*.

De esta suerte tenemos que, eliminados los bienes propios del marido y los comunes o gananciales, por las consideraciones que dejamos sentadas en el epígrafe II—y que en definitiva conducen a considerar irrelevante la partición de unos bienes que tienen la cualidad de ajenos—, el caudal hereditario partible asciende, según la valoración aportada por el consultante, a un total de 6.020.000,00 pesetas, cuya cuarta parte importa 1.500.000,00 pesetas. Y como los bienes propiedad de la testadora adjudicados a E suman tan sólo 610.000,00 pesetas, resulta que en la repetida partición testamentaria el consultante sufrió lesión en más de la cuarta parte, que como ya se advirtió sería el tope legal establecido para poder apreciar el perjuicio irrogado por no ajustarse la partición a la disposición.

Así, pues, al consultante le asistiría el derecho de rescindir la partición hecha por la testadora en los términos anteriormente expuestos. Es decir, que si los demandados no optan por indemnizar el daño (895.000,00 pesetas), tendrán que consentir que se proceda a nueva partición. Del mismo modo podría impugnarse la partición D, puesto que apenas recibió de la testadora bienes por valor de 160.000,000 pesetas, sufriendo por tanto lesión en mucho más de la cuarta parte (repárese que a este heredero se le irrogó un perjuicio de 1.345.000,00 pesetas).

En el peor de los casos, si se estimara que la disposición contenida en la

(15) Téngase en cuenta que la voluntad del testador es por antonomasia su voluntad dispositiva. Para mayores desenvolvimientos, vld. ALBUJUEJO GARCÍA, *op. cit.*, págs. 266 y siguientes.

cláusula segunda del testamento no puede interpretarse en el sentido que hemos propugnado de que la voluntad efectiva de la testadora era instituir a sus cuatro hijos *por partes iguales*, y se llegara a la conclusión de que lo que en realidad ella quiso—y refleja su declaración—fué *disponer en la forma en que partió*, todavía habría lugar para impugnar la partición por lesión, puesto que si de la totalidad de los bienes asignados al consultante—valorados en 865.000,00 pesetas—se deducen aquellos que la testadora no pudo partir al amparo del artículo 1.056—valorados en 255.000,00 pesetas—, resulta que sufrió un perjuicio o lesión superior a una cuarta parte. Por tanto, aun en esta hipótesis extrema, le asistiría el derecho—de acuerdo con la tesis que venimos recogiendo a lo largo de este epígrafe—de rescindir la partición hecha por la testadora, procediéndose a una nueva, si los herederos demandados no optan por indemnizar el daño (255.000,00 pesetas). Y lo mismo puede decirse de D, ya que si de la totalidad de los bienes a él asignados, que ascienden a 1.103.000,00 pesetas, se apartan aquellos que la testadora no pudo partir, según el artículo 1.056, que importan 683.000,00 pesetas, se desprende que sufrió un daño muy superior a la cuarta parte. Por ello también le asistiría el derecho de rescindir la partición practicada por la testadora, debiéndose proceder a una nueva, si los herederos demandados no optaran por indemnizarle el daño (683.000,00 pesetas).

IV

IMPUGNACIÓN DE LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA RESPECTO DE LOS BIENES PROPIOS
POR CAUSA DE LESIÓN EN EL CASO DE QUE PERJUDIQUE LA LEGÍTIMA

No debemos ocultar que el cauce señalado en el epígrafe anterior no es totalmente seguro, porque se basa en una interpretación del artículo 1.075 del Código civil, que salvo algunas excepciones (ALBALADEJO GARCÍA y, en cierto modo, también SÁNCHEZ ROMÁN), no cuenta con el apoyo del resto de la doctrina (16), y ni siquiera de la más reiterada jurisprudencia.

La mayoría de los autores no entienden la segunda parte del mencionado artículo—«La partición hecha por el difunto... puede ser impugnada por causa de lesión... *en el caso... de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador*»—en el sentido propugnado por ALBALADEJO—«La partición hecha por el difunto... puede ser impugnada por causa de lesión... *en el caso... de que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad dispositiva del testador*», sino en otro mucho más limitado: «La partición hecha por el difunto... puede ser impugnada por causa de lesión... *en el caso... de que aparezca, o racionalmente se presuma, que hubo voluntad del testador de que fuese impugnada por lesión*». Fuera de esta hipótesis, verdaderamente excepcional (17), la partición realizada por el testador—según nues-

(16) Sin embargo, según MENGONI (*La divisione testamentaria*, Milán, 1950, págs. 171 y sigs.), uno de los autores extranjeros que recientemente se ha ocupado con más acierto del problema, la rescisión por lesión en más del cuarto es aplicable a la división del testador entre herederos previamente instituidos.

(17) No obstante, ALBALADEJO GARCÍA hace notar que «siempre que la partición discrepa de la disposición hay lesión, y siempre también que hay lesión es, por lo menos, presumi-

tra doctrina—no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos, a tenor de lo preceptuado en la primera parte del artículo 1.075.

Por su parte, la jurisprudencia entiende que la partición no tiene más límite que el de no perjudicar la legítima, y que mientras que ésta no sufra perjuicio no puede atacarse la partición realizada por el testador. Por tanto, según el Tribunal Supremo, el testador goza de amplia libertad para partir, sin más límite que el de no perjudicar la legítima.

Así las sentencias del Tribunal Supremo de 28 diciembre 1896, 17 mayo 1910, 22 enero 1913, 11 marzo 1922, 8 mayo 1926, 3 diciembre 1931, 7 enero 1942, 6 marzo 1945 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 marzo 1901, 22 enero 1898 y 15 julio 1943, hacen explícitamente la afirmación de que basta con que la partición hecha por el testador respete la legítima, mientras que en otras sentencias del Tribunal Supremo, como en la de 22 enero 1913, se contiene tal aserto de un modo implícito.

Por su gran interés transcribimos algunos considerandos de la sentencia del 6 de marzo de 1945:

«El Código español no siguió apenas en esta materia las huellas del patrón napoleónico; y así se observa, en primer término, que da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés, sin duda para facilitar el logro de las finalidades prácticas de aquélla, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (admitiendo que todo testador, tenga o no herederos forzosos, pueda hacer la partición de sus bienes, e incluso que pueda ejercitarse ese derecho, en algunos casos, por vía de delegación, según resulta del artículo 831), como en lo que se refiere al contenido (*otorgando al testador una amplia libertad, no sólo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el artículo 1.056, apartado segundo, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1.061 y 1.062, 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*).»

«La facultad que, en casos determinados, tienen los interesados en la partición para impugnarla y pedir su modificación, su nulidad o su rescisión, tiene que ajustarse, como norma procesal, a la de la necesidad de determinar en la demanda la clase de acción que se ejercite, no con fórmulas literales o nomi-

ble racionalmente que el testador quiso que la partición fuera impugnabile por lesión, puesto que toda lesión coincide con el hecho de que la voluntad del testador fué otra, por ejemplo, mantener la igualdad entre los coherederos y, naturalmente, esa voluntad de igualarlos implica necesariamente la concesión del poder de impugnar la partición, como remedio para evitar la desigualdad que proviene de no atribuir, al partir, partes iguales, o de que siendo iguales esas partes al hacer la partición se conviertan después por cualquier razón—por ejemplo, cambio de valor—en desiguales. No es concebible que el que quiere en todo caso, al testar, la igualdad de sus herederos no quiera, a la vez, que si esa igualdad no se guarda no puedan utilizar esos herederos medios—la impugnación de la partición por lesión—para obtenerla (op. cit., pág. 950). En nuestro caso, no debe obstar a la aplicación de esta doctrina el hecho de que en la cláusula quinta del testamento se prohíba la intervención judicial en la testamentaria de la causante, porque—como veremos en el lugar oportuno—dicha cláusula no afecta a la impugnabilidad por lesión.

nalistas, pero si con la claridad suficiente para que se la pueda identificar, ya que, según ha tenido ocasión de precisar la jurisprudencia de esta Sala (de modo muy especial, con relación a las acciones de nulidad y de rescisión de las operaciones particionales, en sentencia de 17 de abril de 1943), cada una de aquellas tiene distinto objeto y diferente título o causa, y como norma sustantiva ha de acomodarse a la necesidad de respetar el criterio que preside la ordenación de esta materia en nuestro Código civil, muy restrictiva en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidación de las particiones y favorable a la subsistencia de éstas en cuanto sea posible, como lo demuestran, no sólo los artículos 1.079 y 1.080, aplicables a las particiones en general, sino de un modo especial, para la partición hecha por el propio testador, los artículos 1.056 y 1.075. al prescribir este último que «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 de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador»; y como la Sala sentenciadora, en el caso presente, se ha acomodado a estos principios directivos, no puede prosperar el motivo tercero y último del recurso que, al amparo de los números primero, segundo y tercero del artículo 1.692 de la Ley procesal, señala las infracciones del artículo 359 de la propia Ley y de los artículos 1.073, 1.074 y 1.079 del Código civil, por no haber hecho la sentencia declaración positiva sobre una de las cuestiones planteadas en la litis, cual es la del carácter lesivo de la partición y consiguiente procedencia del remedio rescisorio, olvidando el recurrente al razonar en este sentido: a) que si esa rescisión pretende ser orientada, cual parece hacerlo el recurso, principalmente en el segundo de los tres puntos o apartados numerados en que este motivo está dividido, 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, no sólo con las limitadas peticiones de la demanda, ya aludidas, sino, sobre todo, 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; y b) que si el problema de la rescisión se enfoca hacia la lesión de las legítimas, no cabe motejar de incongruente la sentencia de instancia, aunque se estime planteada en la demanda dicha cuestión, ya que la Sala primero deja implícitamente resuelta, al proclamar como una de las premisas fundamentales de su fallo absolutorio, que el causante, en la distribución que hizo de su patrimonio, no atentó en lo más mínimo al derecho legitimario de sus hijos, afirmación de hecho que el recurso no se cuida de impugnar por la vía adecuada, que sería la del número séptimo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil».

Así pues, parece prudente señalar las consecuencias que esta interpretación jurisprudencial del artículo 1.075 llevaría aparejada en nuestro caso.

Siguiendo esa dirección, tendríamos que la partición realizada por A no podría ser impugnada por causa de lesión más que en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos.

Veamos si ello es así. El total de la herencia de dicha señora asciende a 6.020.000,00 pesetas. En consecuencia, la legítima estricta de cada heredero importa 501.666,66 pesetas, y como el cupo asignado al consultante tiene el valor de 610.000,00 pesetas, no procedería la impugnación. En cambio, sí podría rescindiría C, pues el cupo a él asignado, cuyo valor es de 160.000,00 pesetas, no

llega a cubrir su legítima estricta, de suerte que tiene el recurso del artículo 1.075 en relación con el 815, o sea la petición del complemento de la legítima, que asciende a 341.666,66 pesetas.

V

VALOR DE LA PROHIBICIÓN DE INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA TESTAMENTARIA
ESTABLECIDA POR LA TESTADORA

Una cláusula importa examinar ahora con detenimiento, y es la que prohíbe la intervención judicial en la testamentaria.

Veamos, en efecto, si la testadora pudo prohibir la intervención judicial, y qué alcance y efectos tendría dicha prohibición.

Según el artículo 1.039 de la ley de Enjuiciamiento civil, los herederos voluntarios y los legatarios de parte alicuota no podrán promover el juicio voluntario de testamentaria cuando el testador lo haya prohibido expresamente, de donde se deduce *a contrario sensu* que los herederos forzosos siempre podrán promover dicho juicio, a pesar de la prohibición expresa del testador. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es unánime en este punto (sentencias de 24 de diciembre de 1895, 8 de febrero de 1892, 1 de diciembre de 1891, 17 de octubre de 1893, 28 de diciembre de 1896 y 22 de noviembre de 1910, entre otras).

Se ve, pues, claramente, que dicha prohibición de intervención judicial es ineficaz. Pero es preciso puntualizar en qué sentido debe entenderse esto.

La ineficacia de la aludida cláusula tiene como consecuencia el que los herederos forzosos pueden en todo caso solicitar la intervención judicial. Pero, ¿con qué fin les consagra la ley esta facultad inviolable? Pues, indudablemente, con objeto de que puedan hacer valer su derecho a la legítima, y no por otro motivo (vid. art. 1.046, párrafo segundo, de la ley de Enjuiciamiento civil, y sentencias de 17 de octubre de 1893 y 8 de mayo de 1926).

Si, pues, el objeto de la ineficacia de la prohibición de la intervención judicial no es otro que asegurar el derecho a la legítima de los herederos forzosos, cabe ahora preguntar qué es lo que ocurre cuando el derecho a la legítima estricta se respeta y únicamente se condiciona la cuota correspondiente al tercio de mejora y al de libre disposición, porque, en realidad, la cláusula quinta del testamento que estamos analizando equivale a una condición que se impone a los herederos de ver reducida su cuota a la legítima estricta si promovieren la intervención judicial.

Es lógico que de lo que no pertenezca a la legítima el testador puede disponer libremente y condicionar su adjudicación a la observancia de determinadas prohibiciones. Sólo la legítima debe otorgarse libre de todo gravamen y condición, pero no el resto del caudal hereditario.

La única circunstancia que se exige para que la prohibición sea válida es la existencia de albaceas o contadores que realicen en su día la partición (vid. artículo 1.045 de la ley de Enjuiciamiento civil y sentencias de 3 de diciembre de 1902 y 24 de noviembre de 1906). Pero en nuestro caso no se advierte la falta de dicho requisito, pues, por el contrario, se cuidó de designar contadores-partidores y liquidadores en la cláusula séptima del testamento. Pudiendo, por tanto, realizar los contadores-partidores la partición extrajudicial, queda en pie la

prohibición del juicio de testamentaria por lo que respecta a la cuota que exceda de la legítima estricta.

De modo claro y rotundo, la sentencia de 8 de julio de 1924 proclama la eficacia de la cláusula prohibitiva de la partición judicial en el sentido indicado.

Por lo tanto, en el supuesto de la consulta, si bien los hijos de la testadora, por ser herederos forzosos conservan siempre el derecho a promover el juicio de testamentaria (resultando en este punto ineficaz la cláusula prohibitiva), perderían, en cambio, su derecho a la parte libre y de mejora en caso de solicitar la intervención judicial, pues en este aspecto la cláusula de referencia produciría efecto, reduciendo a la legítima estricta la cuota del heredero que tal hiciera.

Ahora bien, en nuestro caso, de seguirse cualquiera de los cauces señalados en los epígrafes I y III, en relación con el II, no se trataría de promover un juicio de testamentaria, por la razón fundamental de que éste no procede existiendo como existe una partición, sino de impugnar en el correspondiente juicio declarativo ordinario la partición realizada en uso de las facultades conferidas por el artículo 1.056 del C. c., basándose en causas previstas por la ley. Y esto creemos que en modo alguno pudo prohibirlo la testadora. Entender lo contrario equivaldría a dar eficacia a la prohibición en contra de lo dispuesto por el Código en sus artículos 1.056, 1.073 en relación con el 1.265 y 1.075, entendido del modo que hemos dicho en el epígrafe III. Y sabido es que, según lo estatuido por el artículo 4.º del C. c. «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley».

En realidad, es como si existiera un artículo que, de forma parecida a lo establecido en el 675, párrafo 2.º (18), ordenara que «el testador no puede prohibir que se impugne la partición en los casos en que haya motivo de impugnación declarado por la ley».

Tal ocurre, sin ningún género de duda, cuando la partición hecha por el testador perjudica la legítima de los herederos forzosos, y también, aunque ello sea más o menos discutible, cuando aparece o racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador (cuya «otra voluntad»—otra, respecto de la de la partición—quiere decir que disposición y partición discrepan, produciéndose la consiguiente lesión para algún cosucesor), cuando la partición comprenda bienes ajenos o exista, en fin, algún vicio del consentimiento (como el error de derecho) que determine su nulidad (arts. 1.075, 1.056 y 1.073, en relación con el 1.265 del C. c.).

Después de lo dicho, huelga advertir que, en cualquiera de estos supuestos, es posteriormente a ser declarada nula o rescindible la partición por sentencia del Juez, cuando entraría en juego la prohibición de intervención judicial en la testamentaria, o sea cuando por cualquier motivo hubiera que proceder a nueva partición, según lo que dejamos escrito en los lugares pertinentes. Es entonces, también, cuando entraría en funciones la cláusula séptima que, de cumplirse, evitaría la sanción establecida por la cláusula quinta del testamento.

(15) «El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.»

CONCLUSIONES

Primera. La partición contenida en el testamento de A, no es válida por haberse asignado en ella bienes ajenos. Su impugnación puede prosperar con base en los siguientes fundamentos:

1.º La testadora se excedió usando de un poder o facultad que el Código civil, en su artículo 1.056, tan sólo concede al testador, con relación a sus bienes; luego el acto particional es nulo (art. 4.º Código civil).

2.º La testadora, al hacer la partición, incurrió en error de derecho esencial, vicio que invalida el consentimiento (art. 1.073, en relación con el 1.265).

Anulada la partición, debe procederse a nueva partición de los bienes propios de la testadora, a partes iguales, por imperio del artículo 765 C. c. y porque así se desprende del mismo testamento, interpretado de acuerdo con lo establecido en el artículo 675, párrafo 1.º, del Código civil. Procede, igualmente, la división de los bienes propios del difunto marido entre sus herederos *ab intestato*, que son sus cuatro hijos, por partes iguales, y de los bienes comunes o gananciales, previa la oportuna liquidación de la sociedad conyugal, entre los mismos cuatro hijos, también por partes iguales, como herederos *ab intestato* y testamentarios de uno y otro cónyuge.

Segunda. Puede también sostenerse con fundamento que la partición efectuada por la testadora es irrelevante o ineficaz, con relación a los bienes ajenos (propios del marido y comunes o gananciales), pero no respecto de los bienes propios.

De esta suerte, se procedería a la división de los primeros en la misma forma establecida en la primera conclusión, pudiéndose entonces impugnar la partición de los segundos por el cauce señalado en las conclusiones siguientes.

Tercera. La partición testamentaria de A es impugnabile por causa de lesión en más de la cuarta parte, al amparo del artículo 1.075 C. c., porque discrepa de la disposición, tanto si se entiende que ésta consistió en instituir herederos a sus hijos por partes iguales, como si se estimara que la testadora dispuso en la forma en que partió.

Están facultados para realizar esta impugnación, tanto el consultante como su hermano D, en los términos y con las consecuencias que se señalaron oportunamente.

Cuarta. El cauce señalado en la conclusión anterior no es seguro por no contar con el apoyo de la mayor parte de nuestra doctrina, ni de la más reiterada jurisprudencia.

De acuerdo con la interpretación jurisprudencial, resulta que el consultante no puede impugnar la partición por causa de lesión, ya que aquella no perjudica su legítima; en cambio, sí lo puede hacer su hermano y coheredero D, en los términos y con las consecuencias que se indicaron en su lugar. Por ello, y también por lo dicho en la conclusión anterior, es de aconsejar que el consultante haga causa común con él, procediéndose en ese caso a realizar nuevo acto de conciliación, lo cual permitiría, además, actualizar la pretensión aducida en el mismo con las conclusiones a que hemos llegado en nuestro dictamen.

Quinta. Convendrá articular las peticiones del modo siguiente: Como petición principal, la de nulidad de la partición, es decir, la que tiene como contenido la conclusión primera; y como peticiones subsidiarias, en primer lugar, la de rescisión de la partición en cuanto a los bienes propios de la testadora por causa de lesión en más de la cuarta parte, es decir, la recogida en la conclusión tercera, y en segundo, la de impugnación de la partición por perjuicio de la legítima de los herederos forzosos al amparo del artículo 1.075, en relación con el 815, del Código civil (*actio ad supplendam legitimam*), es decir, la recogida en la conclusión cuarta. Más claramente: el suplico de la demanda tendrá, por tanto, una petición principal y dos subsidiarias, escalonadas a su vez entre sí: en el supuesto de que no fuera estimada la petición principal, entraría en juego la petición subsidiaria primera, y para el caso de que tampoco ésta fuera estimada, entraría en juego la petición subsidiaria segunda, que es incontrovertible referida a D.

Sexta. La prohibición de intervención judicial en la testamentaria, establecida por la testadora, no alcanza a sus herederos por tener la cualidad de herederos forzosos; pero, instado el juicio de testamentaria, sufrirán la sanción conminada, a no ser que no se haya respetado su derecho a la legítima estricta.

Ahora bien, la prohibición de intervención judicial mediante juicio de testamentaria y la sanción que su infracción lleva aparejada, no comprende la impugnación en el correspondiente juicio declarativo ordinario de la partición realizada en uso de las facultades conferidas por el artículo 1.056, basándose en causas previstas por la ley, porque la testadora no pudo prohibir que se impugnara la partición en los casos en que haya motivo de impugnación *ex lege*.

Declarada nula o rescindible la partición por sentencia del juez, entraría en juego la prohibición de intervención judicial en la testamentaria, cuando por cualquier motivo hubiere que proceder a nueva partición, y es entonces también cuando funcionaría la cláusula séptima, que, en caso de cumplirse, evitaría la sanción de la cláusula quinta del testamento.

Tal es mi parecer, que con gusto someto a otro mejor fundado.

Doctor Juan B. JORDANO
Abogado.